

DE L'OBÉISSANCE

DUE PAR L'ADMINISTRATION ACTIVE

à la chose jugée par la juridiction administrative

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences politiques et économiques)

présentée et soutenue publiquement le 31 janvier 1923, à 2 heures

PAR

Jacques ALLIER

Diplômé de l'Ecole libre des Sciences Politiques



CAHORS

IMPRIMERIE TYPOGRAPHIQUE A. COUESLANT

(Personnel intéressé)

1923

UNIVERSITE DE PARIS. — *Faculté de Droit*

DE L'OBÉISSANCE

DUE PAR L'ADMINISTRATION ACTIVE

à la chose jugée par la juridiction administrative

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences politiques et économiques)

présentée et soutenue publiquement le 31 janvier 1923, à 2 heures

PAR

Jacques ALLIER

Diplômé de l'Ecole libre des Sciences Politiques



CAHORS

IMPRIMERIE TYPOGRAPHIQUE A. COUESLANT

(Personnel intéressé)

1923

Examineurs de la soutenance :

Président : M. JÈZE, professeur.

Suffragants { M. ROLLAND, professeur.
M. MESTRE, chargé de cours.

La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses ;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.



CHAPITRE PREMIER

Vue générale sur les raisons du conflit entre les privilèges de l'administration active et le respect de la chose jugée

La séparation du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif s'impose, tant par les nécessités de l'action, qui est le but même du pouvoir exécutif, que par une indispensable précaution contre les abus possibles d'un pouvoir unique. Même ainsi, l'indiscrétion d'un législatif envahissant, qui imposerait à l'activité administrative l'étroitesse étouffante de cadres trop ajustés, amènerait l'asservissement et la paralysie de l'exécutif. L'indépendance nécessaire de l'administration implique et nécessite donc le large usage d'un pouvoir réglementaire, de portée générale ; l'administration doit en jouir en toute autonomie, pourvu qu'elle n'y contredise ou n'y modifie aucune disposition législative, et qu'elle n'ajoute rien aux lois qui n'y soit implicitement contenu.

Mais au sein même de la fonction exécutive s'impose une séparation des autorités : d'une part l'administration, d'autre part la justice, qui n'est qu'une branche du pouvoir exécutif, puisque, ne pouvant plus prendre de dispositions générales, elle juge des applications particulières de la loi, et contribue ainsi à son application.

Cette séparation est absolue et sanctionnée pénalement : car on a estimé, devant l'expérience de l'histoire, que, par souci d'une bonne administration, et aussi par souci d'une bonne justice, il fallait empêcher la justice d'entraver l'administration par un contrôle indiscret de

ses actes : ce contrôle, l'histoire l'avait montré s'achevant en une ingérence intolérable.

Mais si l'administration n'est pas soumise à la censure de la justice judiciaire, elle n'échappe pas à tout contrôle juridictionnel. Le contrôle est ici exercé par une branche différenciée de l'administration elle-même : « le tribunal administratif, c'est l'organe juridictionnel par lequel le pouvoir exécutif impose à l'administration active le respect du droit ». Il n'est qu'une des formes par lesquelles l'autorité administrative s'exerce, puisqu'il est tiré du sein même de cette autorité : c'est que l'obéissance de l'administration active, qui est somme toute une preuve de bonne volonté de la part de l'Etat, est plus facile à obtenir vis-à-vis d'un tribunal spécial. En un mot, le tribunal administratif n'a pas pris à l'autorité judiciaire une partie de son rôle.

En définitive, devant, pour remplir sa mission, jouir d'une grande autonomie, l'administration a reçu, pour le pouvoir exécutif une certaine part de juridiction, pour le pouvoir réglementaire une certaine part de législation. A ces deux points de vue, cette sorte de cumul des fonctions, jusqu'au point où son autonomie lui en est assurée, est pour elle une garantie d'indépendance.

Suit-il de ceci qu'après avoir, par souci d'impartialité, tiré de son propre sein un juge chargé de la contrôler, l'administration active va se soumettre à lui, comme doit se soumettre un simple particulier aux sentences de son juge et aux voies d'exécution qui pourront suivre ces sentences? — Nullement: après s'être soustraite au pouvoir de ce juge ordinaire, après s'être ménagé une autonomie parfaite vis-à-vis de lui, l'administration n'entend pas retomber sous le contrôle aussi étroit d'un juge spécial. Elle consent donc à se faire juger par un juge administratif, mais elle se refuse à abdiquer devant lui sa qualité de puissance publique, avec les droits exorbitants qu'implique cette qualité. Aussi allons-nous voir comme l'indépendance de l'administra-

tion active est assurée de façon très énergique à l'égard du contrôle qu'exerce sur elle la juridiction administrative.

Il ne faut point conclure d'ailleurs de ceci que les tribunaux judiciaires soient radicalement et universellement incompétents à l'égard de l'administration. Sans doute, le criterium très compréhensif de service public a-t-il fait englober dans le contentieux administratif la plus grande partie des litiges que peut soulever l'activité administrative : malgré tout, le domaine qui reste ouvert aux investigations des tribunaux judiciaires est encore assez large. Quelle sera donc ici la position de l'administration active vis-à-vis du juge ordinaire, dans les cas exceptionnels où celui-ci sera compétent ? Il est à prévoir logiquement que son indépendance, déjà très grande à l'égard de la juridiction administrative, sera ici renforcée à plus forte raison.

Deux points sont donc à envisager. Tout d'abord, pour débayer en quelque sorte le terrain, quelle est la situation de l'administration active vis-à-vis du juge ordinaire ? Ensuite, quelles sont ses prérogatives vis-à-vis du juge administratif ? — L'examen très rapide du premier point, quoiqu'en dehors du programme strict de cette étude, est indispensable pour bien voir dans son ensemble la position exceptionnellement forte de l'administration active : les deux matières s'interpénètrent, se complètent et s'expliquent l'une l'autre.

SECTION PREMIERE

Du respect dû à la chose jugée au judiciaire

Ici il ne s'agit plus des privilèges que l'administration se réserve en échange de l'abdication volontaire qu'elle opère entre les mains d'un juge issu de son sein. — Il s'agit d'une prérogative autrement grave : l'administration affirme son indépendance vis-à-vis de la justice

au nom du principe de la séparation des autorités. Et il y a complication supplémentaire du fait qu'il y a indépendance unilatérale : poser la réciproque de l'indépendance vis-à-vis de l'administration serait à peu près complètement faux. On est donc en droit de se demander si la chose jugée au judiciaire a la moindre autorité vis-à-vis de l'administration.

Plus précisément le problème se pose de la façon suivante. L'administration peut-elle se cantonner dans une indépendance farouche, radicale ? Ou bien, en méprisant l'autorité de la chose constatée par un tribunal avec force de vérité légale, n'est-ce pas céder à une dangereuse superstition ?

Longtemps, prenant au pied de la lettre les vieux textes révolutionnaires, on a vécu sur l'idée préconçue de l'indépendance absolue et unilatérale. Aujourd'hui, au contraire, les principes généraux du droit public étant plus sainement interprétés, s'est produite une évolution vers l'affirmation du respect mutuel. Quand les considérations tirées de l'histoire se sont trouvées suffisamment éloignées dans le passé, pour permettre de ne plus voir que le problème juridique, dépouillé de toutes les contingences qui en avaient obscurci les données, on a fini par s'apercevoir que la fonction administrative et la fonction judiciaire étaient deux branches d'un même tronc : le pouvoir exécutif, et qu'en bonne logique il n'y avait aucune raison de donner plus, ou moins d'armes à chacune de ces autorités pour se défendre contre les empiètements de l'autre. D'autre part, on a reconnu que le principe de la séparation des autorités exige seulement que la justice ne trouble pas l'administration, en ne connaissant pas de ses actes : mais l'administration n'abdique nullement cette prérogative en respectant la chose jugée au judiciaire.

Deux arrêts importants du Conseil d'Etat ont donc fini par admettre que la violation de la chose jugée au judiciaire est un pur et simple excès de pouvoir. — Le premier arrêt annule un arrêté préfectoral qui avait

expulsé un ministre du culte de son presbytère, et cela malgré un jugement du tribunal : « considérant que par un jugement, le tribunal civil avait ordonné..., que ce jugement n'a pas été infirmé par l'autorité compétente..., que dès lors l'arrêté du préfet, qui faisait obstacle à l'exécution d'une décision de justice, est entaché d'excès de pouvoir... » (1). — Le deuxième arrêt a été rendu à propos d'un jugement de juge de paix qui avait condamné un bureau de bienfaisance au profit du ministre du culte. Or, le préfet refusa implicitement d'approuver cette dette : « ...considérant... qu'il n'appartient pas au préfet de s'opposer à l'exécution d'un jugement du juge de paix, et qu'en refusant, pour un motif de légalité contraire à la chose jugée, d'approuver la délibération précitée, le préfet a excédé ses pouvoirs... » (2). Même si les griefs de légalité sont fondés, la chose jugée s'impose comme vérité légale ; la disposition légale, au lieu de la rendre inexistante, ne passe qu'après.

Le principe commun à ces deux arrêts est bien celui que nous avons indiqué. La justice et l'administration sont chacune de leur côté indépendantes. Mais pour ne pas introduire pour un motif politique une cause d'anarchie, il est logique que chaque indépendance soit limitée et arrêtée quand il s'agit de franchir les décisions déjà prises par l'autre autorité dans les limites de sa compétence. En un mot, il y a priorité : ce qui est fait par l'une ou jugé par l'autre ne peut être détruit.

(1) C. E., 17 mars 1911, abbé Hardel.

(2) C. E., 8 août 1919, abbé Toesca.

SECTION II

Du respect dû à la chose jugée par la juridiction administrative

Le problème de l'obéissance de l'administration active à la chose jugée au judiciaire est donc ardu et complexe. Grave est aussi le problème de l'obéissance à la chose jugée par les tribunaux administratifs, quoique pour des raisons toutes différentes. Nous sommes ici au cœur de notre étude ; encore devons-nous, ici aussi, en déborder quelque peu les cadres logiques, pour rechercher brièvement les divers privilèges dont jouit l'administration devant son juge particulier, au lieu de nous cantonner immédiatement dans le privilège précis qu'elle peut avoir au point de vue de l'exécution des jugements.

§ 1. — Le premier aspect du problème : le côté de l'administration

Tout d'abord, dans l'ordre logique, quoique ce soit aujourd'hui le moins important peut-être des privilèges, le juge peut être incompétent dans certains cas où un intérêt supérieur peut exiger que soit soustraite à ses investigations telle ou telle matière bien définie : c'est l'hypothèse des actes de gouvernement. — D'autre part, il y a la matière très voisine des actes dits discrétionnaires ; autrefois il y avait fin de non-recevoir ; aujourd'hui on s'est aperçu qu'il s'agissait d'actes n'étant conditionnés par aucune règle de fond : il peut donc y avoir rejet au fond, il n'y a au contraire aucune raison pour qu'il y ait irrecevabilité.

Mais le plus compréhensif des privilèges de l'administration active, c'est que le juge administratif n'intervient qu'après coup, quand la décision est devenue exécu-

toire. — En effet, le pouvoir de l'administration est essentiellement exécutif. Les décisions qu'elle a à prendre risquent souvent de causer des torts à des tiers. Or, en droit privé, de telles décisions doivent être sanctionnées par le juge, puisque nul ne peut se faire justice à lui-même. Ici au contraire, bien qu'elles n'aient nullement le caractère juridictionnel, elles sont exécutées d'office par les agents administratifs, sans intervention préalable du juge : il y a donc renversement des rôles. A ces décisions et à ces actes d'exécution, obéissance provisoire est toujours due, quitte au débiteur prétendu à faire opposition devant le juge. Ainsi le domaine public est délimité par un acte unilatéral, sans qu'il soit besoin de recourir à une action en bornage ; ainsi encore les arrêtés de débet et les contraintes emportent hypothèque judiciaire. — Il s'ensuit logiquement que devant le juge, l'administration est toujours défenderesse. Et même — ceci montrant bien l'étendue de son privilège —, sauf décision exceptionnelle du juge, les recours ne sont pas suspensifs d'exécution. — Cette procédure d'action préalable est indispensable : d'abord au point de vue de la rapidité (surtout si l'on songe que les recours ne sont pas suspensifs) ; ensuite parce que tous les intéressés ne réclament pas ; enfin et surtout parce que le fardeau de la preuve est à leur charge. — Mais en allant ainsi, par le privilège d'action d'office, jusqu'au point extrême que lui permettent ses droits, l'administration sait que la réalité de ces droits sera vérifiée par le juge. Celui-ci met donc une rançon à l'exercice, par l'administration, de son privilège : il souligne qu'elle n'agit qu'à ses risques et périls. — C'est d'ailleurs pour cela que l'administration se montre prudente : souvent, après avoir pris une décision, elle attend l'expiration des délais de recours, ou le jugement définitif. Ou bien elle ira, dans l'hypothèse d'un contrat, jusqu'à former une demande en interprétation devant le juge. Ou bien même, peut-être, elle renoncera volontairement à son privilège, en décidant, par exemple, que les sanctions con-

tre un concessionnaire ne pourront être appliquées que par le Conseil de Préfecture. Enfin, dans certains cas, le recours préalable en justice pourra même être imposé : par exemple, dans le contentieux électoral, ou pour la démolition des édifices menaçant ruine, ou pour les recours du préfet contre les arrêtés des maires autres que les arrêtés de police.

Enfin nous arrivons aux privilèges qui nous intéressent plus particulièrement dans cette étude. D'une part, même quand le juge donne tort à l'administration, il ne se reconnaît pas le droit de méconnaître la liberté de ses initiatives et s'interdit — aussi bien dans le plein contentieux que (et à plus forte raison) dans le contentieux de l'annulation — de lui adresser des défenses, des injonctions ou des ordres formels. D'autre part, il ne peut y avoir d'exécution forcée contre l'administration : c'est là, si l'on songe aux voies d'exécution du droit privé, un des plus grands privilèges que s'est réservés l'administration active en abdiquant le droit de se juger elle-même : accepter volontairement sa condamnation. Car elle ne veut pas — c'est là l'idée essentielle à retenir — que les biens qui sont affectés aux services publics soient détournés de leur destination par une saisie : c'est une application très intéressante de l'idée de la continuité du service public. Peut-être, d'ailleurs, l'administration aura-t-elle tendance à s'exagérer un peu l'importance de ce point de vue et s'en fera-t-elle une sorte de préjugé. Quoiqu'il en soit, contre elle il n'y a pas de sanction directe.

Ces deux principes sont absolument essentiels. Il nous suffit de les avoir indiqués très brièvement, car nous les retrouverons constamment, en voyant comment ils s'appliquent dans les différentes hypothèses que nous aurons à envisager. En tout cas, il faut retenir qu'ils ne constituent qu'un des chapitres dans l'ensemble des mesures prises pour assurer l'indépendance de l'administration active vis-à-vis de la juridiction administrative.

§ 2. — Le second aspect du problème : le côté du juge

Mais si l'administration entend maintenir son indépendance et si elle lutte énergiquement contre l'évolution que nous verrons plus loin se dessiner, le Conseil d'Etat élève à son tour la prétention très juridique de forcer l'administration à respecter l'autorité de la chose jugée au contentieux.

Tout procès est définitivement terminé par un jugement rendu, si les voies de recours contre ce jugement n'ont pas été exercées ou ont été exercées en vain. Il y a présomption irréfragable de vérité.

Cette force de vérité légale, qui fait tenir pour vrai tout jugement, quoi qu'il arrive, est nécessitée par l'intérêt de la paix sociale : il faut que les constatations du juge soient crues et ne puissent être remises en discussion. On pourrait alors être tenté de proclamer l'autorité absolue, *erga omnes*, de la chose jugée. Mais il y a d'autres considérations qui, en sens inverse, militent en faveur d'une atténuation à la rigueur du principe. Il y a tout d'abord le risque d'erreur, d'iniquité : la paix sociale exige aussi qu'on prenne des précautions contre le trouble que la découverte d'une erreur manifeste ne peut qu'amener. D'autre part, reconnaître l'autorité absolue de la chose jugée, c'est donner indirectement au juge un pouvoir qui rappelle singulièrement un droit d'injonction générale et impersonnelle, c'est lui permettre d'édicter des dispositions réglementaires : en un mot, ce serait ressusciter la confusion de l'autorité de la chose jugée et de l'autorité réglementaire. — Le jugement n'aura donc force de vérité légale qu'en ce qui concerne le procès précis qu'il éteint. Exceptionnellement, il n'aura d'autorité plus grande que si la nature du procès et la nature du tribunal le permettent (1)(2).

(1) Ce qui ne veut pas dire qu'il se confondra avec l'autorité réglementaire : voir plus loin p. 46.

(2) Un point délicat reste à élucider : l'autorité de la chose jugée peut-elle être appliquée d'office par le juge ? — En droit privé, on répond par la négative : il faut que les parties invoquent la chose jugée, comme

Ces notions sont trop connues pour qu'il soit besoin d'y insister. Il était utile cependant de les rappeler, pour voir comment elles réagissent sur la matière qui nous occupe. — D'une part, nous pouvons affirmer dès maintenant que, puisqu'il s'agit de la paix sociale, tous, particuliers, tribunaux, administrations publiques, doivent s'incliner devant la chose jugée : il doit y avoir mutuel appui, pour en assurer le respect. Or cette idée se heurte, en ce qui concerne les administrations publiques, aux privilèges précédemment étudiés. N'y a-t-il pas là une contradiction interne, à la base même de notre droit public ? Il faut donc voir comment on peut opérer en logique, en doctrine pure, sans s'occuper des conflits de fait qui peuvent surgir et des remèdes possibles, la conciliation de ces deux idées en apparence contradictoires. Il faut voir comment, malgré les privilèges de l'administration active, il faut poser aussi bien en droit public qu'en droit privé le principe impérieux du respect absolu dû à la chose jugée. — Cette question préliminaire étant élucidée, pour achever la démonstration, il faudra, en allant au fond du problème, montrer quels sont les effets de droit des jugements de la juridiction

elles pourraient à avoir invoquer la prescription : autrement dit, elles ont le droit de considérer que ce qui a été jugé n'est pas bon, en ne se prévalant pas du jugement. De même, la jurisprudence décide qu'on ne peut pas invoquer pour la première fois la chose jugée devant la Cour de Cassation : on est présumé y avoir renoncé, car on ne peut plus y invoquer de moyens nouveaux, sauf quand ils sont d'ordre public. — Cette théorie, qui d'ailleurs est rejetée dans nombre de pays, est très discutable. L'autorité de la chose jugée (et sa relativité) ne se justifient pas par l'idée contractuelle, mais par l'idée de paix sociale : c'est donc un principe d'ordre public, et le juge devrait pouvoir l'appliquer d'office. — Jusqu'à maintenant, il ne semble pas que la justice administrative ait eu l'occasion de se prononcer : on peut donc se demander quelle théorie elle adopterait. On peut seulement remarquer que, alors que la procédure devant les tribunaux judiciaires est accusatoire, celle devant le Conseil d'Etat est beaucoup plus nettement du type inquisitorial : on peut donc se demander si le Conseil d'Etat ne serait pas tenté d'appliquer d'office la chose jugée. Et on peut en rapprocher les pouvoirs qui lui appartiennent en matière de recours en annulation : alors qu'en principe, il ne peut pas annuler en invoquant un cas d'ouverture que ne lui avait pas indiqué le requérant, il peut opposer d'office l'incompétence de l'administration dont la décision est critiquée, même si cette incompétence n'avait pas été aperçue par le juge : c'est le cas d'ouverture qui est le plus d'ordre public (Conseil d'Etat, 16 juillet 1915, Couvenne).

administrative : leur négation, au nom des privilèges de l'administration active, est une absurdité ; plus précisément, elle est une violation de la règle de droit.

I. — Toute la difficulté, en remontant à ses causes les plus lointaines, vient de la position toute particulière de la juridiction administrative vis-à-vis de l'administration. La raison d'être de cette juridiction, c'est, on l'a vu, la séparation des autorités administrative et judiciaire. Son détachement s'opère à l'intérieur de la première de ces autorités ainsi isolées. — D'une part donc, le juge administratif jouit d'une autonomie (d'ailleurs plus ou moins bien assurée) au sein de la fonction administrative ; d'autre part, cette autorité s'est ménagé des privilèges, même vis-à-vis de son juge. D'un côté, on a voulu empêcher les dénis de justice de la part de l'administration, dénis qui seraient inévitables si elle se jugeait elle-même ; de l'autre côté, on a voulu garantir à cette même administration la liberté d'allure, l'indépendance d'action qui lui sont indispensables.

Dès lors, la séparation de l'administrateur et du juge administratif n'a qu'un but : prendre des précautions contre les empiètements possibles de l'un sur l'autre, précautions d'ailleurs beaucoup plus utiles et répondant à un danger beaucoup plus réel quand elles sont prises en faveur du juge. Mais ainsi séparés par le seul souci de leur permettre de remplir exactement leurs fonctions propres, les agents publics ne doivent pas se jalouser : ils ne constituent pas des autorités rivales, ils sont des collaborateurs.

L'idée fondamentale du droit administratif, c'est, en effet, la notion de service public : les autorités publiques, quelles qu'elles soient, ont l'unique devoir d'en assurer le bon fonctionnement. L'indépendance relative des agents actifs n'est donc établie que pour le bien du service public, et le tribunal administratif a pour seule mission de rappeler ces agents à leurs devoirs, ou de réparer les torts qu'ils font subir au cours du fonc-

tionnement de leur service. Jamais cette indépendance et ce pouvoir juridictionnel ne doivent s'exercer par jalousie pure. La rivalité de ces autorités publiques, comme de toute autorité, est une méconnaissance du principe qui est à la base de tout notre droit public.

Si, après avoir créé un tribunal chargé de lui imposer le respect du droit, l'administration refuse de s'incliner devant ce que ce tribunal déclare, avec la force de vérité légale qui s'attache à ses jugements, c'est une véritable insurrection contre le droit, puisqu'elle conteste au lieu de s'incliner, et, par le coup porté au prestige de l'organe juridictionnel, c'est un exemple d'anarchie.

L'Etat Un, dans lequel viennent fusionner, par la notion de service public, l'administration active et la juridiction administrative, est donc absolument lié par les jugements de cette dernière. — C'est ce qu'on a fort bien exprimé, sur le terrain de la logique, en montrant que tout jugement est un syllogisme. La majeure est le rappel de la règle de droit, la mineure est la constatation d'une infraction à cette règle, ou d'une situation née conformément à cette règle, la conclusion est la conséquence logique de cette constatation. L'Etat est lié par cette conclusion, sous peine de renverser tout le système juridique qu'il s'est posé.

Aussi, en présence des prétentions inverses de l'administration et du Conseil d'Etat, nous pouvons pressentir que c'est l'administration qui devra reculer. Nous pouvons même, dès maintenant, préciser cette vue, en soulignant la différence des arguments invoqués. Les revendications de l'administration ont un but politique, et donc une portée strictement politique ; au contraire, l'argumentation du Conseil d'Etat est essentiellement juridique. En un mot, la loi a organisé une précaution politique tempérant un principe strictement juridique. Or la règle politique doit toujours céder le pas au principe juridique : elle doit être interprétée dans son sens le plus étroit. Loin donc de prendre les privilèges de

l'administration dans un sens absolu, le juge devra les ramener et les maintenir dans des limites raisonnables, pour pouvoir en faire la conciliation avec les principes juridiques qu'il ne peut abandonner.

II. — Ayant montré la forme syllogistique, donc impérative et obligatoire, des jugements de la juridiction administrative, nous sommes conduits tout naturellement à analyser ces jugements dans leur substance même. Ces jugements ont-ils des effets devant lesquels l'administration active ne peut que s'incliner ? Ou bien, en laissant de côté la question, que nous venons de résoudre, de l'esprit de la séparation des autorités, l'administration peut-elle arguer de son indépendance vis-à-vis du juge sans méconnaître ce qu'est un jugement ? Il faut voir maintenant ce qu'est le principe juridique auquel il a été fait allusion à la page précédente.

Disons simplement, pour ne pas anticiper sur la suite de cette étude, que, dans le cas d'un recours en annulation, l'acte attaqué, et cassé par le Conseil d'Etat, disparaît purement et simplement : il est anéanti. Nier cette disparition serait une absurdité manifeste.

Dans le cas d'un recours de pleine juridiction, la situation est la même, quoique la réponse soit un peu moins évidente : l'analyse des effets d'un jugement de plein contentieux est plus complexe, et il convient de le faire très rapidement, aussi bien en ce qui concerne le juge civil que le juge administratif.

L'analyse est d'ailleurs un peu différente suivant qu'il s'agit d'un jugement reconnaissant seulement le droit d'une personne, ou d'un jugement prononçant une condamnation. Dans le premier cas, le jugement n'a qu'un caractère déclaratif : le tribunal se borne à reconnaître un droit préexistant et à le sanctionner : il constate que telle personne est créancière, mais il ne crée pas le droit de créance à son profit par le jugement. Et c'est pour quoi ce jugement a un effet rétroactif. Cependant, déjà ici, il y a quelque chose d'approchant à une novation ;

sans doute, il n'y a pas à proprement parler un titre nouveau, il y a cependant quelque chose de nouveau, puisque la partie gagnante voit consolider son droit et jouit d'une hypothèque judiciaire. Et même, à un autre point de vue, on peut dire qu'il y a véritablement substitution de l'obligation d'exécuter le jugement à l'obligation résultant de la cause ancienne : la prescription particulière qui régissait la créance antérieure fait désormais place à la prescription trentenaire (à noter en sens inverse que les sûretés attachées à l'obligation ne s'éteignent pas comme dans la novation ordinaire). — Dans le cas de la condamnation, l'effet déclaratif existe toujours, donc aussi l'effet rétroactif : donc, comme dans le premier cas, si la chose objet du litige produit des intérêts, elle en produira depuis la demande en justice. Mais cette constatation de droits préexistants ne fait que servir de base : il y a ici véritablement novation : un droit nouveau est créé au profit de celui qui a obtenu la condamnation, et qui va avoir un titre exécutoire. — Donc (tant qu'il ne s'agit pas de l'état et de la capacité des personnes), le tribunal ne fait que « dire le droit », il met fin au litige en déclarant quels sont les droits respectifs des parties. Mais, en même temps, dans le premier cas peut-être, dans le second incontestablement (quoi qu'on en ait dit), il opère une véritable novation (1).

Ces principes généraux sont exactement applicables aux jugements de la juridiction administrative. Comme juge de plein contentieux, elle prononce, nous le verrons, tantôt des réformations (c'est la première hypothèse indiquée plus haut), tantôt des condamnations (et c'est la deuxième hypothèse). On ne conçoit pas dès lors comment l'administration active peut nier, dans un cas, la constatation avec force de vérité légale de droits préexistants, dans le deuxième cas, outre cette constatation, la novation que le jugement opère. Cette négation

(1) Elle reste d'ailleurs d'une nature un peu particulière : dans le deuxième cas comme dans le premier, les sûretés, réelles ou personnelles, attachées à la première obligation subsistent.

serait aussi absurde que l'aurait été le refus de reconnaître la disparition pure et simple, dans le contentieux de l'annulation, de l'acte incriminé.

En conclusion, nous pouvons prévoir, comme précédemment, qu'il faudra délimiter très exactement (ce sera là tout le problème) le terrain nécessaire, et suffisant, pour que l'administration puisse exercer effectivement les privilèges certains dont elle jouit vis-à-vis de l'administration, et il faudra aussi réduire assez ce domaine dangereux, pour ne pas permettre à l'administration de prendre prétexte de sa situation pour en arriver à violer ce qui fait la notion même de juridiction.

III. — Comment dès lors analyser juridiquement la situation qui se présentera lorsque, méconnaissant l'autorité de la chose jugée, qui est, nous l'avons dit, le principe essentiel en la matière, l'administration active profitera de son indépendance pour refuser d'appliquer une décision de la juridiction administrative ? Pratiquement l'hypothèse se pose de la façon suivante : en présence de ce refus, pourra-t-on former un recours pour excès de pouvoir, et quel sera le cas d'ouverture qui devra être invoqué ?

On sait quelle curieuse évolution s'est produite au Conseil d'Etat dans l'admission et le développement de la quatrième ouverture, celle de la violation de la loi. Dans les débuts de la juridiction administrative, le recours pour excès de pouvoir n'est qu'une voie exceptionnelle, timidement admise, puisqu'il s'agit d'un procès, non à une partie, mais à un « acte d'autorité ». Aussi les pouvoirs du juge y sont-ils moins grands (on en a même longtemps fait le criterium du recours pour excès de pouvoir) (1). C'est pourquoi aussi les conditions de recevabilité sont primitivement très strictes. Et c'est enfin ce qui explique que pendant très longtemps on n'a admis que les trois premiers cas d'ouverture, les

(1) Voir les conclusions de M. Rômieu, sous l'arrêt Jacquin, 30 novembre 1906.

deux derniers se ramenant d'ailleurs au premier : l'incompétence. Or ces trois cas ont un trait commun : ils comportent uniquement l'examen des conditions extrinsèques de légalité. On s'y borne donc aux apparences, sans examiner la légalité interne, cette dernière ressortissant toujours au plein contentieux.

Or, en 1864, va se produire un événement qui amènera un véritable bouleversement. Auparavant, les recours contre les actes illégaux lésant des droits acquis existaient, malgré l'absence de texte, en vertu du droit général d'action. Or le décret sur la procédure (2 novembre 1864) permit de ranger ces recours dans les recours pour excès de pouvoir. Dès lors le Conseil d'Etat se voyait permettre l'examen de la légalité intrinsèque, et non plus seulement extrinsèque. — Mais l'existence d'un droit acquis, cumulé avec la violation de la loi, donnait à cette ouverture un caractère tout à fait particulier par rapport aux autres ouvertures. Il était donc besoin d'une unification. Aussi la jurisprudence a-t-elle peu à peu éliminé la condition de la violation d'un droit.

Mais entre temps s'était produite une réforme qui allait conduire à un nouveau bouleversement : en 1889, le juge de l'excès de pouvoir se reconnaît juge de droit commun. Dès lors, le Conseil d'Etat, étant juge de droit commun aussi bien dans l'excès de pouvoir que dans le plein contentieux, ces deux domaines n'étaient plus séparés que par une cloison interne : aussi, le Conseil d'Etat étant chez lui aussi bien dans un cas que dans l'autre, pouvait-il se permettre de grandes libertés dans le domaine de l'annulation.

Il arriva alors qu'en présence d'opérations administratives complexes, à caractère contractuel, le Conseil d'Etat permit aux requérants d'en détacher les actes unilatéraux. — Or cet élargissement de la jurisprudence devait à son tour amener une transformation complète de la notion de violation de la loi. Jusqu'alors, on n'admettait que la violation d'un texte, légal ou réglemen-

taire. Or admettre le détachement d'actes unilatéraux englobés dans un contrat, c'était forcément admettre que ce qui ouvre le recours, c'est la violation de toute règle de droit, quelle que soit son origine, fût-elle bilatérale. Le juge peut donc faire porter ses investigations partout où il le voudra, et il pourra s'emparer de la violation de tout principe juridique. En un mot, on peut dire que la quatrième ouverture, autrefois appelée violation de la loi et des droits acquis, doit s'appeler aujourd'hui violation de la règle de droit.

Nous allons voir maintenant cette évolution réagir directement sur la matière qui nous intéresse. Que peut-on ranger, en effet, dans le terme : violation de la règle de droit ? Ce sera, nous l'avons dit, la violation de toute situation juridique de nature à produire des effets de droit : outre une opération contractuelle complexe, ce pourra être une décision administrative antérieure, ou un simple droit général reconnu par la législation ou le droit public. Ce sera enfin un jugement, qui constitue une règle de droit au premier chef. On peut donc bien dire exactement que la méconnaissance ou la violation formelle, par l'administration active, d'une décision du Conseil d'Etat, constitue un excès de pouvoir pur et simple, qui sera frappé par le juge comme s'il s'agissait de la violation d'un texte de loi.

Certains auteurs, pour arriver au même résultat, ont employé une argumentation un peu différente. Pour eux, si la violation de la chose jugée rentre dans la violation de la loi, au lieu de constituer un cas d'ouverture spécial, c'est d'abord parce que le Conseil d'Etat interprète et applique la loi, ensuite parce que le jugement crée une sorte de droit acquis. Cette théorie a bien le pressentiment que ce qu'on appelle traditionnellement violation de la loi est en réalité, grâce à l'élargissement des investigations de la jurisprudence, la violation de la règle de droit. Mais, par contre, elle est périmée, puisqu'aujourd'hui plus n'est besoin, pour trouver un parallélisme entre la violation de la loi et la violation

de la chose jugée, d'invoquer l'existence d'un droit acquis dans un cas comme dans l'autre : nous savons que la condition du droit acquis n'est plus exigée dans le cas de violation de la loi.

Quoiqu'il en soit, la théorie de l'annulation pour mépris de la chose jugée en droit est aujourd'hui consacrée par la jurisprudence. Sans doute elle a été dégagée pour la première fois à propos d'une juridiction administrative particulière : « La Cour des Comptes a méconnu l'autorité de la chose jugée sur le point de droit et commis un excès de pouvoir. » (1). Mais cette théorie, ainsi d'ailleurs qu'il fut indiqué à ce moment par le commissaire du gouvernement, doit être étendue à toutes les juridictions et à l'administration active.

Ainsi se trouve singulièrement précisée la situation. D'une part, l'administration a, dans un but politique, le privilège d'appliquer volontairement les jugements de la juridiction administrative, sans qu'aucune voie de contrainte puisse être employée contre elle. D'autre part, malgré ce privilège, elle est liée par ces mêmes jugements, et cela sous peine d'excès de pouvoir.

En contre-partie de son autonomie, l'administration a donc le devoir juridique d'obéir au juge. Elle n'a pas le droit de s'insurger, en profitant de ce qu'on n'a pas voulu, dans son intérêt, donner une sanction effective à son devoir. — Aussi (on peut le faire remarquer en terminant), les jugements du Conseil d'Etat sont-ils revêtus de la formule exécutoire ; et ils montrent bien ainsi comment se trouve réalisée l'unité véritable du service public, pour la bonne exécution duquel s'était produite la différenciation des agents administratifs et des juges : « La République mande et ordonne au ministre de..., en ce qui le concerne..., de pourvoir à l'exécution de la présente décision. » (2).

(1) Conseil d'Etat, 8 juillet 1904, Botta.

(2) Il convient d'ailleurs de remarquer que le devoir d'obéissance existe en raison de l'autorité de la chose jugée, en dehors de toute formule exécutoire : rappelons simplement les controverses pour les Conseils de Préfecture.

§ 3. — Le conflit des prétentions opposées

La crainte de commettre un excès de pouvoir n'est malheureusement pas un frein suffisant à la mauvaise humeur de l'administration contre son juge. Aussi eût-il été extraordinaire que, de ce choc entre l'indépendance de l'une et l'autorité de la chose jugée par l'autre, de cette absence de sanctions, un conflit ne naquit.

A vrai dire, longtemps l'administration active a compris son devoir, et elle mettait son point d'honneur à accepter l'autorité du Conseil d'Etat. Or, parfois, ce point d'honneur a tendance à disparaître : il arrive aujourd'hui que l'administration se pose en rivale de son juge, par le déchaînement des passions politiques et corporatives qu'ont amené l'établissement du régime libéral, la décentralisation administrative et les mœurs politiques. Ce sont même ces événements qui ont été les causes du développement du recours pour excès de pouvoir sous la troisième République : l'installation du suffrage universel et la prépondérance des corps administratifs élus ont rendu les administrations beaucoup plus indépendantes ; et la tutelle administrative, exercée par les agents actifs du gouvernement, forcément appelés à faire prévaloir des considérations politiques sur le contrôle de la légalité, s'est singulièrement relâchée. D'un côté comme de l'autre, il fallait donc disjoindre la politique et la tutelle, qui devient ainsi, par l'indépendance du juge auquel la pratique la confia toujours davantage, un remède aux maux de la décentralisation et de la démocratie.

Mais ce même recours pour excès de pouvoir devait encore faire d'autres progrès, non plus en largeur si l'on peut dire, mais en profondeur. Disons en effet, — sans anticiper sur l'étude générale que nous ferons sous peu —, que ce qui fait du recours pour excès de pouvoir une création tout à fait originale du droit administratif français, c'est qu'il correspond à une notion complexe, à la fois juridique et morale. — Sous son aspect

juridique, l'excès de pouvoir peut être confondu avec l'illégalité. Mais le Conseil d'Etat n'a pas voulu l'enfermer dans une pure et simple question de légalité ; il s'est refusé à accepter cette question comme un cadre définitif, et s'est efforcé de faire pénétrer le droit dans des régions nouvelles. Il en est arrivé à imposer aux administrateurs, non plus seulement le respect des règles légales auxquelles les soumet du dehors le pouvoir législatif, mais encore le respect de la moralité administrative, c'est-à-dire des règles de conduite tirées de la discipline intérieure de l'administration. — Cet élément moral du recours pour excès de pouvoir s'est concentré dans l'ouverture du détournement de pouvoir, qui est un procès fondé sur une incorrection de l'auteur de l'acte : évidemment le Conseil d'Etat ne peut citer les administrateurs à sa barre, ni ordonner une enquête avant dire droit : mais il peut librement faire sa conviction, d'après les présomptions les plus ténues, en faisant en quelque sorte la psychologie du dossier. — Tout à fait caractéristique déjà dans le détournement de pouvoir, nous verrons s'appliquer cette idée du caractère moral du recours pour excès de pouvoir d'une façon encore plus saisissante dans l'ouverture de la violation de la loi : nous y verrons la jurisprudence en arriver à proclamer le droit des citoyens au fonctionnement convenable en fait des services publics : dans ses recherches, le juge sera dirigé par sa seule conscience, et son appréciation, toute subjective, portera sur de simples convenances.

Extrêmement hardie a donc été l'œuvre de la jurisprudence. Mais il était fatal que, ne voyant pas sanctionner ses jugements pour en imposer l'exécution, le juge administratif se heurtât à l'indépendance des administrations, dont il avait surexcité la susceptibilité. C'est pourquoi, trop souvent, on voit ces administrations boycotter le Conseil d'Etat (suivant l'expression consacrée), soit en mettant une négligence intentionnelle à prendre les mesures pour exécuter les jugements, en

rusant et en biaisant, soit même en s'insurgeant ouvertement contre l'autorité de la chose jugée. Sans doute, les cas de rébellion ouverte sont extrêmement rares ; mais ceux de négligence voulue et d'insubordination sont probablement beaucoup plus fréquents. — Le duel est donc engagé. L'administration active peut s'entêter ombrageusement dans son indépendance, en l'interprétant comme un droit à la désobéissance. Mais, de son côté, la juridiction administrative est décidée à assurer l'autorité de ses jugements dans l'intérêt du service public lui-même.

D'ailleurs il ne faut pas dramatiser les choses : le danger n'est réel que de la part des administrations décentralisées, où le souci de correction juridique est moins grand, où les passions sont plus proches et peuvent se donner plus librement cours. Et d'autre part, quelle que soit l'autorité envisagée, sa mauvaise volonté ne peut guère trouver à se manifester que contre une annulation ; le domaine du plein contentieux est, au contraire, beaucoup moins commode.

Mais avant que le conflit de fait n'ait surgi, quand les circonstances s'y prêteront, et ne soit devenu aigu, on pourrait ne pas se préoccuper autrement de ce qui est presque une lacune du droit public. — Et cependant on trouve ici tout un effort de la jurisprudence pour parer d'avance, en quelque sorte, au danger de conflit. Ce danger, le Conseil d'Etat en a eu le pressentiment : il s'est aperçu que le raisonnement, en prolongeant les prétentions de l'administration dans leur ligne logique, ne pouvait l'éluder, et déjà des incidents lui avaient permis de le mesurer. — C'est pourquoi on voit le juge s'efforcer, par une sorte de souci d'élégance, de compléter le système juridique administratif, pour effacer les dangers d'une situation dont il entend malgré tout, et dont il doit, respecter les données essentielles. Son effort, plus ou moins préventif, est indispensable : sinon, le système serait resté imparfait, il n'aurait pas été absolument cohérent.

A vrai dire, la position du Conseil d'Etat est singulièrement difficile, puisqu'il ne dispose d'aucune sanction directe : il semble vaincu d'avance. — Mais il espère arriver à ses fins en composant avec la difficulté, en la tournant en quelque sorte : il s'efforce d'analyser le privilège de l'administration active dans sa réalité vraie, donc de le ramener dans ses limites utiles et raisonnables : il ne veut y voir, nous l'avons dit, qu'une précaution politique. Ainsi, il pourra plus facilement faire pression sur l'administration avec les moyens qui lui paraîtront le plus appropriés, et qui pourront être différents suivant les hypothèses auxquelles ils devront répondre. — Donc, tout en réservant toujours à l'administrateur le pouvoir de faire l'acte et d'appliquer volontairement les jugements, l'effort du Conseil d'Etat, par une longue et prudente évolution jurisprudentielle, va porter à créer un instrument assez souple pour ne pas empiéter sur le privilège d'indépendance de l'administration active, mais assez ferme pour vaincre son arbitraire et pour la contraindre à s'incliner et à respecter la moralité administrative.

Ainsi se réalise et s'affermît le contrôle juridictionnel au nom du droit et dans l'intérêt de la bonne administration.

APPENDICE

Il faut signaler une intéressante hypothèse d'obéissance à la chose jugée, hypothèse dont nous avons dû ajourner l'examen pour ne pas interrompre et compliquer l'exposé des principes généraux : c'est le cas où le juge répressif a eu à juger un fonctionnaire. Malgré la décision de ce juge, qui le déclare coupable ou non coupable, malgré cette affirmation, prononcée avec force de vérité légale, l'action disciplinaire peut-elle être encore engagée ? L'hypothèse se pose plus précisément de la façon suivante : un fonctionnaire peut-il être révoqué, pour les raisons qui l'ont fait acquitter devant le juge ?

A première vue, il pourrait sembler que non, après ce que nous avons dit du respect dû à la chose jugée au judiciaire : ne sommes-nous pas ici en présence d'une hypothèse où il y a priorité au profit de la justice, dont les jugements lieraient donc l'administration ? Et d'autre part, ne pourrait-on invoquer la règle « non bis in idem » ? — En réalité, il n'en est rien : l'action pénale et l'action disciplinaire sont absolument indépendantes : il n'y a pas chose jugée, parce que ce sont deux catégories juridiques tout à fait distinctes. Et cela se comprend : alors que la culpabilité d'un fonctionnaire peut n'être pas suffisamment établie devant la justice, il peut y avoir un intérêt de premier ordre à le faire sortir du service.

La règle « non bis in idem » ne peut donc jouer ici. C'est ce que le Conseil d'Etat a parfaitement compris. Par exemple, il a décidé que « l'ordonnance de non-lieu qui clot une instruction ouverte contre un officier de marine, ne fait pas obstacle au droit du président de la République de placer cet officier en non-activité à raison des faits mêmes sur lesquels avait porté l'instruction ». D'autre part, l'arrêt précise que, « s'agissant d'une mesure prise par le pouvoir disciplinaire et essentiellement distincte d'une décision émanant d'une juridiction répressive, la procédure judiciaire primitivement engagée ne pouvait suppléer aux formalités requises pour l'action disciplinaire » : par argument *a contrario*, on peut donc dire que la jurisprudence pose le principe de l'indépendance des deux actions (1).

Ajoutons, pour compléter ces indications, que l'on retrouve la même indépendance quand il s'agit de l'action hiérarchique et de l'action disciplinaire : l'une ne lie pas l'autre. Ainsi, saisi d'un recours d'officier de réserve, le Conseil d'Etat décide qu'après avoir été mis

(1) C. E., 10 novembre 1911, Elluin. Voir aussi 7 février 1914, Mailley, qui pose bien le problème : « vu la requête tendant à qu'il plaise au Conseil d'Etat annuler..., ce faire, attendu que l'autorité préfectorale aurait dû attendre l'issue de l'instruction criminelle ouverte par le Parquet. »

aux arrêts simples par son supérieur hiérarchique, il peut être révoqué par le ministre ou envoyé par lui devant un conseil d'enquête (qui pourra, par exemple, prononcer la mise en non-activité) (1).

En un mot, il y a cumul des trois actions : hiérarchique, disciplinaire, pénale.

(1) C. E., 5 mai 1911, Desreumaux. 15 décembre 1911, Bergey.

CHAPITRE II

De l'étendue et des limites de l'obéissance due par l'administration active à la chose jugée

Sur quelles bases repose la jurisprudence créatrice dont nous avons parlé dans le chapitre précédent, comment et dans quelles conditions se dessine son évolution, sur quels terrains porte son effort? — Nous devons tout d'abord bien préciser la conduite que l'administration devra suivre pour se conformer à la chose jugée (question particulièrement délicate, on le verra, en ce qui concerne les répercussions d'une annulation pour excès de pouvoir). Ceci fait, nous pourrons alors, dans les chapitres suivants, rechercher les principes généraux, puis les progrès déjà obtenus sur la base de ces principes, — d'abord en ce qui concerne le problème du droit d'injonction, ensuite en ce qui concerne celui de la sanction. Il restera alors, dans une conclusion, à rapprocher les indications ainsi recueillies, et à en tirer si possible quelques enseignements d'ensemble.

Mais avant d'aborder, dans ce chapitre, la première de ces trois questions, il est indispensable de retracer sommairement la distinction du recours de pleine juridiction et du recours en annulation, car cette distinction conditionne tout, et sera donc, quoique sous-entendue, toujours à la base de cette étude. — Quels sont les pouvoirs eux-mêmes dont dispose le juge devant les actes de l'administration qui lui sont déférés, sur quels points portent ces pouvoirs et quelle est leur portée ?

SECTION PREMIERE

Rappel de la distinction du recours de pleine juridiction et du recours en annulation

Juger, c'est dire le droit, quand il a été violé ou contesté, afin d'en assurer le respect. Quelles sont donc les diverses hypothèses dans lesquelles le haut tribunal administratif peut être saisi pour apprécier les actes de l'administration active ?

L'administré peut prendre deux qualités vis-à-vis de l'administration : celle de partie et celle de sujet.

La partie entretient un commerce juridique avec l'administration, celle-ci, d'ailleurs, s'affirmant encore puissance publique. La partie possède envers elle un droit subjectif : ce droit a une existence propre, en dehors de la loi, celle-ci lui donnant seulement sa sanction ou sa consistance ; autrement dit, elle discipline simplement des droits préexistants, contre lesquels, par conséquent, elle ne peut rétroagir (sauf indemnité).

Le sujet, dans sa soumission au pouvoir politique, jouit d'un statut légal, objectif : il n'en est pas propriétaire, il ne peut donc, ni le transmettre, ni renoncer à lui ; ce statut n'a d'existence que par la loi et lui doit son étendue : puisqu'elle est à son origine, la loi peut sans cesse le modifier.

Précisément, sur la distinction du droit subjectif et du statut objectif, se calque la distinction des deux principaux contentieux : le contentieux subjectif de pleine juridiction, et le contentieux objectif de l'annulation.

Le droit subjectif est sanctionné par une action qui, vis-à-vis de l'administration défenderesse, permettra au propriétaire de ce droit, demandeur, d'en obtenir le respect, ou d'exiger une réparation pécuniaire, ou plus

rarement une restitution matérielle. Le juge constate donc l'existence ou l'étendue de cette situation de droit subjectif, et ordonne de réaliser ou de restaurer cette situation. La juridiction qu'il exerce est essentiellement subjective.

Le statut, au contraire, ne fonde aucune action en justice au profit de son titulaire, puisqu'il n'y a pas de droits lésés. Il peut seulement lui permettre de poursuivre la réparation du tort fait objectivement à la loi. Le requérant ne fait ainsi que provoquer, tel le ministère public, la censure juridictionnelle ; il n'y a pas de parties (et c'est pour cela qu'il y a dispense du ministère d'avocat) ; le débat dépasse, et le requérant, et l'administration. C'est donc une voie de nullité qui existe uniquement pour assurer la bonne administration : si l'on poussait le raisonnement à l'extrême, on pourrait donc dire que le contentieux de l'annulation est en somme une sorte de contrôle disciplinaire. Et c'est un recours contre l'acte, *in rem*, non une action contre l'administration ou l'administrateur. Au caractère objectif de la situation correspond donc logiquement le caractère objectif du recours (1). — De cette objectivité du recours pour excès de pouvoir, il suit que ce recours est uniquement un recours en annulation, puisque l'annulation venge la loi et suffit à la venger, en expulsant, en quelque sorte, l'acte du système juridique. Le requérant, lésé dans son droit, et non plus seulement atteint dans son statut, sera donc obligé d'intenter un second procès, celui-ci subjectif, aux fins de faire condamner la personne publique (2).

C'est que, en effet, comme toutes les classifications juridiques, l'opposition des droits et des statuts s'adou-

(1) Ce qui n'empêche que, pour éviter les procès purement vexatoires que susciterait cette action populaire, il a fallu établir un crible : c'est la condition de recevabilité (intérêt direct et personnel), d'ailleurs très largement interprétée.

(2) Nous faisons donc de l'objectivité ou de la subjectivité des situations, le criterium de la distinction des contentieux. C'est cependant un criterium différent qui a été admis dans les conclusions pour l'arrêt Jacquin, 30 novembre 1906.

cit au contact de la réalité jurisprudentielle : si bien que le recours en annulation et le recours de pleine juridiction ne s'excluent plus. — Nombreux sont les cas, en effet, où au statut se superpose ultérieurement un principe générateur de droits subjectifs : ainsi la situation objective du fonctionnaire se double de créances subjectives au fur et à mesure qu'il signe ses états de traitement. Dès qu'une décision exécutoire est prise, le titulaire du statut qu'elle concerne peut la faire tomber en l'attaquant dans sa validité objective ; mais souvent, dès qu'il y a un fait d'exécution, le sujet devient possesseur de droits opposables, il devient ainsi partie, et il a dès lors à sa disposition, aussi bien le contentieux de pleine juridiction s'il se place sur le terrain du commerce juridique, que le contentieux de l'annulation s'il reste sur le domaine de l'autorité.

Si donc on cherche un criterium de la séparation des contentieux, non plus relatif à la situation du requérant, mais emprunté à la vie de l'administration dans les diverses phases de son activité, on peut dire qu'une grande idée générale domine la matière : le recours pour excès de pouvoir est le contentieux des décisions exécutoires, le recours de pleine juridiction est le contentieux de l'exécution. — Le caractère très net des recours pour excès de pouvoir, c'est la rétractation de l'acte attaqué, — rétractation qui semble amener une situation très simple : le retour à l'état de choses antérieur. Mais dans la pratique, comme nous venons de le dire, la situation est beaucoup plus complexe : presque toujours la décision exécutoire a été suivie d'actes d'exécution, avant que le recours en annulation (qui en principe n'est pas suspensif) n'ait pu aboutir, et ces actes d'exécution ont déjà créé une situation absolument nouvelle.

Autrement dit, dans le recours pour excès de pouvoir, deux situations très distinctes peuvent se présenter. Ou bien, s'il n'y a pas eu d'actes d'exécution, et s'il n'y a donc pas encore de droits lésés, il s'agit du titulaire d'une situation juridique générale, d'un statut, dont il

demande simplement la constatation ; et il conclut simplement à l'annulation de l'acte juridique qui est contraire à ce statut. Ou bien si l'administration est déjà passée à l'exécution de sa décision et si alors les droits du requérant sont lésés, sans se contenter d'une annulation toujours possible, il peut exiger la reconnaissance ou la réparation de son droit par un recours de plein contentieux : mais dans sa première requête il doit se borner à conclure à une simple annulation. — Il est évident que l'annulation, qui rend juridiquement inexistante la décision attaquée, emporte avec elle des conséquences de droit, que l'administration ne peut négliger et auxquelles elle doit se conformer. Mais, d'autre part, il est évident que l'annulation ne peut faire disparaître *ipso facto* les conséquences dommageables de l'acte qu'elle efface, mais qui a déjà été exécuté. Car une fois que le juge a prononcé l'annulation, nous savons bien que sa mission est à ce moment terminée, il n'a pas à ordonner explicitement les nouvelles mesures d'exécution qui sont nécessaires pour assurer, si l'on peut dire, la traduction de son arrêt ; ces actes rentrent dans les attributions de l'administration : c'est à elle seule qu'il appartient de se mettre en conformité avec la situation nouvelle que crée implicitement l'annulation. Le juge ne peut pas se prononcer sur ces actes d'exécution, parce qu'il y a là une question accessoire dont il n'a pas à connaître, et il ne le peut pas, à plus forte raison, puisqu'il n'y a pas de litige né, les agents actifs n'ayant pas encore été appelés à résoudre cette question accessoire, et n'ayant donc pas pu, par une décision formelle ou par un silence prolongé, donner sa matière à un recours contentieux.

Quoi qu'il en soit, les deux contentieux sont radicalement différents, tant par la mission du juge que par la qualité exigée du requérant pour la recevabilité de sa demande. Ils diffèrent enfin, par voie de conséquence, en ce qui concerne la portée des jugements.

Quand il s'agit d'un recours en reconnaissance d'une situation subjective individuelle, le demandeur n'a réclamé que pour lui-même. C'est ce qu'exprime le Code Civil, article 1351 : l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui fait l'objet du jugement, c'est-à-dire que la décision du juge aura exactement la même portée que la situation dont elle constate l'existence et l'étendue. Elle ne s'opposera à une nouvelle instance que s'il y a identité d'objet, de cause et de partie. En un mot, on peut donc dire qu'il y a autorité de chose jugée dès que le point litigieux a été jugé.

Quand il s'agit d'un recours objectif contre un acte de l'administration, le tribunal apprécie l'acte attaqué au seul point de vue objectif. Si l'acte n'est pas cassé, l'arrêt n'a qu'une portée relative ; il empêche seulement le requérant de renouveler identiquement son pouvoir en la même qualité et avec le même moyen d'annulation. Si au contraire le pouvoir est admis, si l'acte est cassé, il disparaît, et l'arrêt a donc une portée absolue, *erga omnes* ; et si, en vertu de l'acte incriminé, il y a des poursuites engagées, elles tombent de plein droit.

Grâce à ces distinctions essentielles dans le fondement des deux recours, la théorie du contentieux devient lumineuse. Nous devons ajouter cependant que, depuis quelque temps, cette séparation longtemps rigoureuse et absolue, est beaucoup moins bien tranchée : une indéniable confusion tend à s'établir entre le recours de pleine juridiction et le recours en annulation. De plus en plus, le Conseil d'Etat, sans paraître d'ailleurs s'apercevoir dans la plupart des cas de la portée doctrinale de sa jurisprudence, rend des décisions qui, si leur tendance se généralisait et se synthétisait, finiraient par faire s'engouffrer l'un dans l'autre les deux contentieux : le recours de plein contentieux finirait peut-être par coïncider avec le recours pour excès de pouvoir largement transformé.

Disons simplement que les transformations de ce

recours, qui dès maintenant lui font perdre un peu de son originalité (elles sont la plupart de date toute récente), sont : le dédoublement des pouvoirs du juge (par les arrêts Cadot et Martin) qui conduit à une identité d'appréciation et à une identité de résultats (c'est le point capital), l'appréciation du fond et du fait, l'évolution de la notion d'intérêt (aujourd'hui à nouveau très sensiblement restreinte), la transformation des pouvoirs du juge et du contenu de ses décisions (reconnaissance de droits subjectifs, très souvent même identité de dispositif), l'introduction de la notion de partie (tant par la transformation de la matière de l'excès de pouvoir — arrêt Lafage —, que par l'admission de la tierce opposition) et par contre-coup la transformation de l'autorité de la chose jugée, la transformation de la théorie des nullités (par l'introduction discrète des nullités relatives) et des règles relatives aux délais (indulgence dans le cas de reconnaissance de droits subjectifs).

Sans doute, il n'y a là, le plus souvent, que des indications partielles, fragmentaires. Il reste que, dès maintenant, le recours pour excès de pouvoir a perdu sa physionomie classique : il n'est plus un édifice aussi régulier, il est un peu hybride, sinon incohérent. Il ne conserve vraiment sa physionomie que pour les actes généraux et réglementaires. — Inversement, le recours de pleine juridiction conserve lui aussi un domaine propre : l'application des contrats, la matière quasi-délictuelle, et, bien entendu, les matières dont la connaissance est attribuée à des juridictions particulières. — En dehors de ce double domaine réservé, un criterium scientifique et sûr semble bien difficile à trouver : en ce qui concerne les décisions individuelles, l'équivalence pratique des deux recours est à peu près obtenue.

Un jour, la doctrine s'apercevra peut-être que l'évolution se développe sérieusement, et il lui restera alors à discuter le problème de savoir lequel des deux contentieux est en train d'absorber l'autre.

En attendant, l'évolution est trop peu avancée pour que nous puissions commodément en tenir compte et fonder notre étude sur une théorie du recours pour excès de pouvoir évolué. Quitte donc à indiquer sur tel ou tel point précis la réaction, sur la matière qui nous intéresse, de l'évolution du recours en annulation, nous admettrons comme encore valable actuellement (sans nous dissimuler la part d'arbitraire qu'il y a dans cette vue) l'opposition entre la voie de nullité objective dans l'intérêt de l'administration et le procès intenté par un ayant-droit pour faire constater l'existence d'une dette à son profit.

SECTION II

De l'action des jugements sur le point en litige lui-même

Quelle sera, en définitive, dans l'un et l'autre contentieux, la conduite que devra suivre l'administration pour obéir à la chose jugée ? Son devoir évident est tout d'abord d'exécuter le jugement en lui-même. C'est un point, que nous avons déjà indiqué, et sur lequel il n'y a que peu à revenir : nous ne ferons guère que le mentionner, par désir de symétrie.

Quelques précisions supplémentaires sont cependant indispensables. Car, à vrai dire, il ne suffit pas d'affirmer purement et simplement le devoir d'obéissance de l'administration : en réalité, ce devoir se traduit de différentes façons, qu'il nous faut maintenant indiquer.

C'est en effet une question de fait, et non de droit, de savoir si l'on peut obliger l'administration à revenir matériellement sur l'exécution de son acte. Il se peut que les choses ne puissent être remises en l'état antérieur par suite d'une impossibilité matérielle. Par exemple, la démolition d'une maison, que l'administration prétendait menacer ruine, a été consommée : l'admi-

nistration ne peut pas être condamnée à reconstruire ; le propriétaire n'a à sa disposition que le recours de pleine juridiction à fins d'indemnisation.

Si, au contraire, l'administration peut matériellement revenir sur l'exécution de l'acte annulé, elle devra alors accomplir, tantôt un acte entièrement nouveau, par exemple délivrer l'alignement qu'elle avait refusé, tantôt un acte réparateur. C'est cette dernière hypothèse qui se réalise dans les espèces très fréquentes où le Conseil d'Etat a annulé certains actes de l'administration à l'égard de ses fonctionnaires. — Ainsi, elle devra remplacer le fonctionnaire qu'elle avait révoqué, avec l'ancienneté qu'il aurait acquise à la date de sa réintégration, ou avec l'avancement que lui aurait permis la durée de ses services (1). — Ou bien elle doit payer au fonctionnaire le traitement dont il aurait joui sans sa révocation, et elle pourra y être condamnée par le Conseil d'Etat saisi d'un nouveau recours, cette fois de pleine juridiction : « considérant que la décision prise... a été annulée par le Conseil d'Etat... ; considérant que si le Conseil d'Etat est compétent pour condamner... à payer le traitement... jusqu'au jour où il sera pourvu de nouveau d'un emploi,... ou jusqu'à l'époque où il cessera régulièrement de faire partie de cette administration, il ne lui appartient pas d'ordonner les mesures administratives propres à assurer sa réintégration effective... » (2). — En définitive, il est indispensable que les arrêts du Conseil d'Etat produisent à l'égard des requérants toutes les conséquences juridiques qu'ils comportent, et il faut donc que les requérants soient remis en possession de tous les avantages légaux dont les décisions annulées les avaient privés et dont ils sont désormais censés avoir joui sans interruption.

Avant d'abandonner l'étude de l'influence des jugements sur le point en litige lui-même, nous devons

(1) Conseil d'Etat, 30 novembre 1900, Viaud (dit Loti).

(2) Conseil d'Etat, 9 juin 1899, Toutain.

ajouter un complément partiel à ce que nous avons dit, pour préciser un point qui peut être assez délicat en pratique.

L'administrateur chargé de réaliser la décision de justice doit l'appliquer de bonne foi, c'est-à-dire dans tout ce qu'elle contient réellement ou virtuellement. — Ainsi (c'est là une intéressante application de cette idée), l'autorité de chose jugée n'ayant lieu qu'à l'égard du dispositif, non des motifs de la décision, l'administrateur ne peut pas insérer tout ou partie de ces motifs dans l'acte par lequel il ouvre des droits ou statue sur leur existence ou leur étendue : il risquerait de restreindre la portée et la généralité de ce jugement, et en arriverait par conséquent, volontairement ou non, à la dénaturer. Ainsi, il a été jugé que « le ministre n'a pas, dans un mandat délivré pour le paiement de l'indemnité allouée à un particulier par une décision du Conseil d'Etat, à insérer un extrait des considérants de cette décision, et à régler ainsi les droits qui pourraient être exercés à l'avenir par le ministre ou par le particulier ; le ministre doit se borner à exécuter les décisions du Conseil d'Etat » (1).

Le devoir pour l'administrateur d'appliquer le jugement de bonne foi a encore une autre application intéressante. Le principe, nous venons de le dire, est que le dispositif emporte seul chose jugée. Seulement (et c'est là le point nouveau), une jurisprudence constante admet que le dispositif ne saurait être séparé des motifs qui lui servent de base, lorsque ces motifs permettent de définir la volonté du juge, lorsqu'ils sont le complément, la référence indispensable du dispositif. — Un arrêt célèbre du Conseil d'Etat, que nous aurons bientôt à examiner dans son ensemble, et rendu en interprétation d'un arrêt antérieur, dégage très bien cette idée : « considérant que, si le Conseil d'Etat, estimant que les stipulations du contrat (dont l'interprétation lui était demandée pour

(1) Conseil d'Etat, 27 mai 1863, Pensa.

la seconde fois) présentaient en elles-mêmes un sens clair et ne nécessitaient aucune interprétation, n'a pas donné place dans sa première décision aux considérations (que rappelle la seconde décision), il n'en est pas moins constant que lorsqu'il a prononcé l'annulation des décisions ministérielles il était en possession de tous éléments pouvant servir à éclairer son appréciation, — considérant que vainement il est prétendu que cette question n'est pas tranchée par la première décision, qu'en effet, si en principe la chose jugée réside dans le dispositif des jugements, ce dispositif ne doit pas être envisagé abstraction faite des motifs, lorsque ceux-ci peuvent seuls en déterminer la portée, — considérant que si la conclusion (des considérants de la première décision) n'a pas été reproduite dans le dispositif qui lui fait suite immédiatement..., c'est que manifestement elle fait corps avec lui. » (1). — Quand donc le dispositif doit être complété dans son sens, les motifs emportent eux aussi chose jugée en tant qu'ils s'incorporent au dispositif : ils ne font donc que préciser l'obéissance due par l'administration à la chose jugée. — On peut ajouter d'ailleurs, pour renforcer cette argumentation, qu'il y a même des arrêts où le dispositif, si l'on s'obstinait à ne voir de chose jugée qu'en lui, resterait impuissant à lui seul. C'est le cas d'un jugement rejetant une requête : le dispositif ne dit pas s'il y a rejet au fond, ou simplement rejet pour irrecevabilité. ce qui cependant est capital pour l'introduction d'un nouveau recours. C'est également le cas d'un jugement avant dire droit : on ne lit pas davantage au dispositif s'il s'agit d'un jugement préparatoire ou d'un jugement interlocutoire : il faut donc, pour se renseigner sur la chose qui a été jugée, se reporter aux motifs.

(1) Conseil d'Etat, 26 juillet 1912, Compagnies d'Orléans et du Midi contre l'Etat.

SECTION III

De l'action des jugements sur les recours postérieurs : des conditions dans lesquelles ceux-ci tombent comme impossibles

Que devient l'acte attaqué ? Autrement dit, de nouveaux recours peuvent-ils être intentés contre lui, quand et comment deviennent-ils inutiles ou impossibles ? C'est là une question qui est le complément de la précédente, et que, comme celle-ci, nous avons déjà étudiée : nous n'avons qu'à résumer, sous un angle un peu différent, ce que nous en avons dit, quitte à nous arrêter ensuite sur un point plus délicat.

I. S'agit-il d'un jugement rendu avec autorité absolue — c'est le cas du jugement d'annulation — ? Logiquement tout nouveau recours est rigoureusement impossible, puisque l'acte annulé disparaît : on pourrait dire en quelque sorte que le recours est devenu impossible, faute de point d'application. Ainsi, si un règlement est annulé sur la poursuite d'un requérant, le devoir d'obéissance de l'administration dépasse le cas individuel de ce requérant, et le jugement la lie à l'égard de toutes autres personnes à qui le règlement s'appliquait ou aurait pu être appliqué, puisque désormais il doit être considéré comme inexistant.

II. S'agit-il au contraire d'un jugement rendu avec autorité relative ? Un nouveau recours n'est alors paralysé que s'il y a identité de personne, d'objet et de cause. Si ces trois identités sont réunies, le Conseil d'Etat ne peut que reconnaître l'autorité de la chose qu'il a jugée : c'est pour lui un véritable impératif catégorique. — C'est tout d'abord le cas d'un jugement rejetant une demande d'annulation : il faut alors con-

siderer qu'il n'y a jamais eu litige, et l'administration n'a évidemment aucune obligation. C'est ensuite le cas d'un jugement de plein contentieux : ici, au contraire, l'administration a un devoir positif d'obéissance, mais ce devoir est simplement limité à l'espèce jugée ; si l'acte réformé s'applique aussi à d'autres personnes que le requérant, il n'a pas à être également redressé à leur égard, et il leur est opposable tant qu'elles n'auront pas formé de recours (qui seront possibles, puisque l'une des trois identités manque).

A vrai dire, l'identité de personne et l'identité de cause sont difficilement contestables et apparaissent clairement quand on rapproche les données d'un jugement et d'un nouveau recours. Tout au contraire l'identité d'objet peut être douteuse et donner lieu aux plus grandes difficultés d'appréciation du juge.

Qu'est-ce en effet que l'identité d'objet ? La jurisprudence n'est jamais arrivée à une formule définitive : les décisions judiciaires restent très diverses et assez contradictoires. Au contraire la doctrine reste invariable. D'après elle, l'identité d'objet, c'est la même chose demandée, le même droit dont on demande la reconnaissance. Or ce droit peut se manifester de différentes façons : ne peut-on craindre alors qu'après que le juge ait statué une première fois, le droit soit invoqué dans des conditions telles que le juge, en statuant à nouveau, soit exposé à rendre un jugement qui serait contradictoire avec le précédent ? — Pour l'éviter, il n'y a qu'à comprendre — très logiquement — dans l'identité d'objet l'identité de l'argumentation de fond apportée dans le débat, quelles que soient les applications que les requérants veulent en retirer, et qui ne peuvent être qu'analogues, non identiques. Comprendre ainsi l'identité d'objet, c'est faire en sorte qu'il soit statué définitivement sur le droit essentiel qui pourra faire le fond et être le centre de plusieurs procès différents : une fois pour toutes, le juge fixera la portée juridique du droit essentiel né d'une disposition législative, réglemen-

taire ou contractuelle, portée qui ne pourra plus être contestée par les mêmes parties et pour la même cause.

Dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, le cas s'est présenté surtout en matière de concessions. Quand le droit que l'on invoque ou conteste y réside essentiellement dans l'interprétation du sens de l'une des clauses de la convention, cette interprétation une fois faite devient chose jugée et lie tout débat ultérieur entre les mêmes parties et avec la même cause, alors même qu'elles viendraient à demander par voie de conséquence, l'annulation de décisions administratives qui en feraient une application différente ; sinon cela reviendrait à mettre en question le même objet.

Par exemple, le Conseil d'Etat refuse, dans un premier arrêt rendu sur appel d'une décision conforme du Conseil de Préfecture, d'admettre l'application des principes généraux du code civil sur la résiliation, motif tiré de ce que le cahier des charges la prévoit expressément pour une suspension de 3 mois dans le service. Puis dans un deuxième arrêt (toujours sur appel), le Conseil d'Etat proclame, au nom du principe de la chose jugée, l'impossibilité de résilier pour de nouveaux faits d'inexécution. — Dans cette affaire l'identité de personne n'était pas contestée, ni l'identité de cause (même titre juridique) : toute la difficulté était de savoir ce qu'englobait l'identité d'objet (1).

Dans un autre arrêt, le Conseil d'Etat applique les mêmes principes à propos d'un litige né entre la Compagnie des chemins de fer de l'Est et l'Etat, litige relatif au transport des wagons-postes : le Conseil d'Etat se réfère à l'interprétation du cahier des charges, qu'il avait déjà donnée pour la Compagnie P.-L.-M., les articles de l'un et l'autre contrat étant sur ce point absolument identiques (2).

Enfin on retrouve la même idée, remarquablement précisée et appliquée, dans le grand arrêt du 26 juillet

(1) Conseil d'Etat, 18 novembre 1910, commune de Signy-l'Abbaye.

(2) Conseil d'Etat, 4 août 1911, Compagnie des chemins de fer de l'Est.

1912, dont nous avons déjà parlé. A vrai dire, nous ne sommes plus ici dans la matière de l'excès de pouvoir : il s'agit d'un recours en interprétation. Les principes n'y sont que plus clairement exposés, puisqu'il s'agit d'un arrêt de droit pur, d'un arrêt de procédure sauvegardant l'autorité de la chose jugée. Il s'agit d'un recours en interprétation de deux arrêts du 12 janvier 1895, par lesquels le Conseil d'Etat a décidé que la garantie d'intérêt pour l'Orléans et le Midi doit, en l'absence de toute stipulation, se prolonger jusqu'à l'expiration des concessions (et non jusqu'au 31 décembre 1914 seulement). Les recours de 1895 étaient dirigés contre l'ordre d'inscrire sur les titres des Compagnies la date de 1914. Dans le recours de 1912, outre l'interprétation, les Compagnies demandaient par voie de conséquence l'annulation de décisions explicites ou implicites, méconnaissant la chose jugée, et notamment l'annulation du refus d'autoriser l'insertion sur les titres des dates de 1956 et 1960. — Le Conseil d'Etat avait à résoudre plusieurs questions. D'abord y avait-il eu véritablement chose jugée en 1895 ? A première vue, aucune obscurité n'apparaissait, mais un doute naquit de ce que le dispositif ne contenait pas en termes exprès la décision inscrite aux considérants, si bien que les parties n'étaient plus d'accord sur la portée du dispositif rapproché des considérants. On a vu plus haut comment le Conseil d'Etat a estimé que la conclusion des motifs s'incorporait au dispositif pour en éclairer le sens. — En second lieu, l'Etat faisait remarquer que le fait d'avoir répondu aux Compagnies que l'inscription demandée était inopportune, n'était pas une contestation définitive, ni de la durée de la garantie d'intérêt, ni de la chose jugée : prétendant ainsi que toutes deux restaient en l'état de droit (le ministre n'ayant opposé qu'un refus d'opportunité), l'Etat concluait qu'il n'y avait pas litige contentieux, mais simple demande de consultation de la part des compagnies : or le Conseil d'Etat n'est pas fait pour éclairer officieusement les parties

sur leurs droits éventuels. Le Conseil d'Etat a aussi repoussé ce deuxième argument : « considérant que le ministre a affirmé expressément le désaccord de son administration, que la publicité de cette déclaration a fait naître un état d'incertitude, susceptible de nuire au crédit des Compagnies; que celles-ci ont donc un intérêt né et actuel à obtenir l'interprétation de leur contrat... » — Enfin, la question capitale qui se posait était de savoir si le nouveau procès qui s'engageait n'était pas la reproduction pure et simple des procès de 1895, auquel cas le Conseil d'Etat n'aurait qu'à opposer la chose jugée ? Autrement dit, y avait-il identité d'objet (l'identité de personne et de cause n'étant pas douteuse) ? Ici encore, l'Etat arguait de ce qu'il y avait eu, en 1894, injonction d'inscrire la date de 1914, et en 1911, refus pour inopportunité d'autoriser l'inscription des dates de 1956 et 1960 : en 1912, on demandait donc autre chose et davantage qu'en 1895. Le Conseil d'Etat a refusé d'accepter cette argumentation : il a parfaitement bien vu, conformément à la doctrine que nous avons exposée, que, dans toute clause contractuelle, il y a un élément juridique permanent, essentiel : admettre de reposer la question sous une forme ou sous une autre serait admettre la réouverture de procès déjà résolus ; ce serait aussi s'exposer à des contradictions de jurisprudence, et permettre la multiplication indéfinie des chicanes. Voilà pourquoi le dispositif de l'arrêt de 1912 porte : « il est déclaré que par les décisions du 12 janvier 1895, le Conseil d'Etat a définitivement reconnu que la garantie d'intérêt a pour l'Orléans et le Midi une durée égale à celle de leurs concessions respectives ; qu'il y a donc à cet égard chose jugée. Les décisions du ministre des travaux publics sont annulées en ce qu'elles ont de contraire à la déclaration qui précède. » (1).

(1) Conseil d'Etat, 26 juillet 1912, Compagnies d'Orléans et du Midi contre l'Etat. — Il faut en rapprocher la discussion à la Chambre, du 27 janvier 1913. Le rapporteur Albert Thomas y déclare : « Quelles que soient les convictions qu'on puisse avoir sur les intentions du Parlement

Il peut être utile, en terminant, de rapprocher de ces arrêts du Conseil d'Etat sur la question de l'identité d'objet, un arrêt rendu en la même matière par la Cour de Cassation, et qui fait une très exacte application des principes que nous avons énoncés. Il s'agissait d'une réclamation de quote-part dans les bénéfices d'une entreprise ; or une Cour d'appel autre que celle dont l'arrêt était déféré à la Cour de Cassation avait déjà eu à résoudre la question de principe ; la seule différence entre les deux procès était qu'il s'agissait d'exercices différents. Malgré cela, la Cour de Cassation a très justement apprécié que le litige principal était vidé dans sa base essentielle, et elle a purement et simplement opposé la chose jugée (1).

A cette théorie sur l'identité d'objet, les critiques n'ont pas manqué : on a objecté que le Conseil d'Etat (et aussi bien les tribunaux judiciaires dans leur sphère) ne peut pas donner d'interprétation définitive, par exemple, des Conventions de 1883, interprétation s'imposant à tous les litiges à venir : sinon il statuerait par voie générale et réglementaire, ce que défend l'article 5 du Code civil. — L'objection est tout à fait fausse : il ne s'agit pas d'une disposition générale, s'appliquant à tous les citoyens : il y a identité de personne et de cause. Le Conseil d'Etat n'exerce donc pas un pouvoir réglemen-

en 1883, la légalité présente oblige de reconnaître qu'il y a chose jugée. Mais, même en admettant l'impossibilité de revenir sur la décision par laquelle le Conseil d'Etat a été saisi, il me sera permis de noter que cette Assemblée ne semble pas avoir tenu grand compte des enquêtes et des discussions de la Chambre des Députés. Le Conseil d'Etat a déclaré que « la stipulation du contrat présentait en elle-même un sens clair et ne nécessitait aucune interprétation ». Tous les parlementaires ont le droit d'être surpris lorsqu'ils constatent qu'en 1895 une grande enquête a été ouverte, qui a provoqué de nombreuses dépositions prouvant le mal-fondé de la première décision du Conseil d'Etat, qui a donné lieu à des études approfondies..., et qu'en dépit de toute cette enquête... le Conseil d'Etat a déclaré que les Conventions de 1883 ne prêtaient à aucune équivoque. » — Et le rapporteur conclut plus loin : « En tout cas, j'ai cru de mon devoir de signaler aujourd'hui à l'Assemblée comment la discussion qu'elle avait poursuivie en 1895 avait été méconnue par le tribunal administratif, avec quelle sorte de dédain insolent à l'égard de notre Assemblée, le Conseil d'Etat avait rédigé ses considérants. »

(1) Cour de Cassation, 8 février 1886, Fournier contre Goyer.

taire, qui serait illégal ; il affirme simplement le principe constitutionnel de la chose jugée, qui veut qu'un élément juridique permanent ne puisse plus, une fois défini, être remis en discussion directement ou indirectement.

SECTION IV

De l'influence des jugements sur la conduite à venir de l'administration

Quel est le contenu juridique exact de cette affirmation : le devoir d'obéissance à la chose jugée ? En premier lieu, c'est affirmer, nous l'avons vu, que l'administration se doit l'exécution de la décision juridictionnelle. — Mais est-ce là une formule suffisante ? S'il n'y avait pas maintenant à la compléter, nous aurions commis en quelque sorte une tautologie enfantine. Mais ce n'est là que le premier terme de la définition du devoir d'obéissance. Et c'est pourquoi, pour envisager cette définition sous son angle le plus général, pour en faire un exposé symétrique, nous avons préféré faire une redite, qui (sans les précisions supplémentaires qu'elle a permis d'apporter) aurait été inutile en elle-même.

Se contenter d'exiger l'exécution de la décision juridictionnelle en elle-même, serait ne prendre qu'une vue instantanée de l'activité administrative. — Il faut donc voir maintenant si, en dehors de l'exécution directe, celle-ci étant assurée, et la question pouvant dès lors à vue superficielle sembler définitivement réglée, l'administration ne va pas être, malgré tout, dans l'obligation de respecter, dans sa conduite subséquente, la décision du Conseil d'Etat ? Autrement dit, cette décision, une fois vidé le litige lui-même, ne va-t-elle pas exercer des répercussions indirectes sur la vie à venir de l'administration ? — C'est là une question très complexe, très délicate, et pour laquelle de nombreuses distinctions sont nécessaires.

§ 1. — **Jugements prononcés avec autorité relative
de chose jugée**

Ici, la réponse à la question que nous avons posée s'impose négative. Dans son intérêt bien entendu, l'administration pourra bénévolement conformer sa conduite ultérieure à la décision du Conseil d'Etat juge de plein contentieux, pour éviter les litiges possibles. Mais il serait contradictoire et absurde qu'un arrêt n'ayant autorité que vis-à-vis des mêmes personnes et pour le même objet, puisse exercer la moindre répercussion sur les actes futurs de l'administration.

Donc l'administration pourra à la rigueur faire, aussi longue qu'elle le voudra, toute une série d'actes semblables à celui dont la réformation a été obtenue par l'ayant-droit ou dont les conséquences pécuniaires ont été tirées à son profit. — L'ayant-droit pourra chaque fois obtenir la réformation ou la condamnation, et pour le même motif. Mais cette réformation et cette condamnation ne seront pas obtenues par référence aux arrêts antérieurs, elles ne seront prononcées que pour des raisons, qui sans doute pourront être communes à toutes, mais sont propres à chacune d'entre elles considérée isolément.

En définitive, contre tout nouvel acte de l'administration, le requérant qui avait déjà obtenu un jugement en sa faveur contre un acte précédent identique, aura un recours de pleine juridiction qu'il pourra exercer en invoquant les mêmes motifs. L'exception de chose jugée ne pourra lui être opposée, puisque, s'il y a identité de personne et de cause, il n'y a pas identité d'objet.

Il n'y a pas plus répercussion de la chose jugée dans l'avenir en cas de jugement refusant de prononcer une annulation : l'autorité n'en est toujours que relative, et le requérant primitif, comme à plus forte raison tout nouveau requérant, pourra attaquer un acte nouveau qu'il estime également entaché d'illégalité.

§ 2. — Jugements prononcés avec autorité absolue de chose jugée

Toute différente est au contraire la situation lorsque la demande d'annulation réussit : c'est ici que nous allons voir intervenir bientôt le très important prolongement, dont nous avons parlé, au devoir d'obéissance de l'administration. Cependant nous devons immédiatement sérier les hypothèses.

I. S'agit-il d'un acte nouveau concernant des personnes autres que celles auxquelles s'appliquait l'acte précédemment annulé ? Ici, la situation est par exception sensiblement analogue à celle que nous venons de rencontrer pour les jugements de pleine juridiction. L'annulation de la décision administrative nouvelle pourra être prononcée pour une cause quelconque, c'est-à-dire qu'elle pourra être fondée sur l'une quelconque des quatre ouvertures possibles. Mais elle ne sera prononcée que pour illégalité de la nouvelle décision en elle-même, non sur l'inobservation d'un prétendu devoir créé à l'administration par la première annulation.

C'est là une observation très simple, mais d'une importance capitale : sinon autorité absolue serait synonyme de pouvoir réglementaire. Et ici nous n'avons qu'à appliquer les idées que nous avons déjà développées en terminant l'étude de l'identité d'objet : les décisions rendues par le Conseil d'Etat, même lorsqu'elles ont une portée *erga omnes*, n'ont qu'une existence individuelle ; le Conseil d'Etat, pas plus que le juge judiciaire, ne peut édicter lui-même à l'avance un règlement suivant lequel il jugera certaines affaires ; il ne peut pas plus, à l'occasion d'un premier procès, indiquer la solution qu'il donne en l'espèce comme vraie et applicable à tous les procès futurs par le même point : ce pouvoir prétorien ne lui appartient pas.

Tel est le principe essentiel. Il est intéressant cependant de noter une certaine hardiesse du juge administra-

tif, qui a même fait parler d'un véritable pouvoir prétorien, entendu dans un sens plus large : le Conseil d'Etat fait le droit par la seule persistance de sa jurisprudence, si bien qu'il en est arrivé quelquefois à créer de toutes pièces certaines théories s'imposant ensuite comme par une sorte de coutume.

Or certaines décisions donnent même l'impression très nette que le Conseil d'Etat désire voir l'administration active se conformer dans sa conduite aux cadres que lui ont imposé les pouvoirs législatif et réglementaire et que la jurisprudence a ajustés. — Le cas se présente quand, saisi d'un recours pour excès de pouvoir, le juge doit apprécier s'il y a erreur de droit, c'est-à-dire s'il y a fausse appréciation ou fausse application de la loi. La violation de la loi peut en effet ne pas être intentionnelle, mais être amenée par une simple erreur sur le sens ou la portée d'un texte législatif ou réglementaire qui peut être obscur.

Par exemple, la loi du 30 octobre 1886, sur l'enseignement primaire, édicte le principe de l'incompatibilité des fonctions d'instituteurs avec toutes autres fonctions. Elle ne fait d'exception que pour celles de secrétaire de mairie, avec l'autorisation du conseil départemental. — Or la question s'est posée de savoir si un instituteur nommé secrétaire de mairie pouvait être ultérieurement choisi comme secrétaire par la commission administrative du bureau de bienfaisance. Dans un premier arrêt, le Conseil d'Etat l'a admis, estimant très logiquement que les fonctions de secrétaire du bureau de bienfaisance n'étaient que l'accessoire de celles de secrétaire de mairie (1). — Or une espèce analogue se présenta ultérieurement : une commission administrative, après nomination faite, fut prise de scrupules et révoqua l'instituteur de ses fonctions de secrétaire en donnant le motif ouvertement et sincèrement : elle voulait se conformer à la loi. L'intéressé forma un recours, qui con-

(1) Conseil d'Etat, 29 mars 1912, Breil.

duisit le Conseil d'Etat à se demander s'il y avait une illégalité dans ce qui pourtant n'était qu'une application littérale de la loi. La difficulté venait de l'arrêt qu'il avait précédemment rendu ; d'ailleurs on pouvait se demander aussi si cet arrêt ne donnait pas par tolérance une simple faculté à la commission administrative. — Finalement le Conseil d'Etat a jugé qu'il y avait erreur de droit, donc excès de pouvoir. Il n'y avait pas erreur d'après la lettre du texte, mais erreur d'après l'interprétation saine de la loi, interprétation qui permet le cumul des fonctions : « la commission administrative... a méconnu la portée de cette disposition législative et a, par suite, excédé ses pouvoirs » (1). — Par cet arrêt, le Conseil d'Etat a donc laissé entendre qu'il y avait violation de la loi par violation de l'interprétation qu'il en avait donnée dans l'arrêt précédent. Aussi peut-on dire, malgré la hardiesse de cette assertion, que pratiquement la violation de la loi par erreur de droit équivaut à la violation de la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Et c'est précisément ce qui permet de montrer que le Conseil d'Etat, par la persistance de sa jurisprudence, crée à la charge de l'administration active un véritable devoir juridique de se conformer à cette jurisprudence. Le Conseil d'Etat se souvient que longtemps il n'a exercé qu'une justice retenue et qu'ainsi il rendait cette justice en tant que supérieur hiérarchique de l'administration ; et il vit à juste titre sous l'impression que, s'il est juge, il fait encore partie du pouvoir exécutif et qu'il est donc plus proche du pouvoir réglementaire que le juge civil. Et ainsi il est naturel que, par la force des choses, il ait une tendance à exercer un certain pouvoir prétorien.

Il serait de la plus grande imprudence de conclure qu'un jour le Conseil d'Etat se permettra d'annuler expressément les actes de l'administration active pour violation de sa jurisprudence. Mais puisque le jugement

(1) Conseil d'Etat, 8 décembre 1916, Carmonze.

des recours dont il est saisi dépend de l'interprétation qu'il a à faire des textes législatifs ou réglementaires, il reste qu'il se plaît parfois à souligner qu'il avait déjà donné son point de vue, et qu'ainsi, par-delà les décisions individuelles, il avait déjà jugé le point de droit. Si cette doctrine se maintenait et se dégageait plus nettement, il y aurait là une conquête très importante du Conseil d'Etat dans l'affirmation de ses pouvoirs et dans celle du devoir d'obéissance de l'administration.

Nous sommes donc en présence ici d'une manifestation nouvelle et curieuse de l'allure prétorienne de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Il serait néanmoins absurde d'y chercher une réelle transformation des principes qui régissent l'autorité absolue de la chose jugée, vers l'instauration d'une sorte de pouvoir réglementaire. Il reste qu'il faut mettre une certaine prudence en disant que, pour tout acte nouveau fait pour d'autres personnes que celles primitivement impliquées, il faut limiter la chose jugée à l'exécution directe du jugement.

II. S'agit-il au contraire d'un acte nouveau intéressant les mêmes personnes que celles qu'impliquait l'acte annulé ? Ici le principe est absolument inverse. Encore devons-nous faire de nouvelles distinctions, pour élucider les matières où le principe ne s'applique pas.

A) Il peut s'agir d'abord — c'est l'hypothèse de beaucoup la moins intéressante —, d'un acte fait en tenant compte de la première annulation. Ici la solution est évidente et très simple : il serait absurde d'annuler en se fondant sur la première annulation. — Il pourra se faire d'ailleurs qu'il y ait une nouvelle annulation : ce sera l'hypothèse où il y a dans l'acte nouveau une cause propre de nullité.

Cependant ici encore nous devons indiquer une exception, celle-là toute logique d'ailleurs. — Le cas peut se présenter d'un administrateur qui, après avoir vu annuler un de ses actes pour excès de pouvoir, le recommen-

ce en affectant d'invoquer de nouveaux motifs, qui ne sont pas en réalité les siens, mais qui, eux, ne peuvent être censurés. Le Conseil d'Etat n'a pas estimé qu'il soit désarmé devant ce retour simulé à la légalité, et, soupçonnant ce qui est une véritable supercherie, annule de nouveau, malgré les apparences de légalité, parce qu'il a déjà, en l'espèce, jugé le droit. — On sait que le droit du préfet d'accorder ou de refuser une permission de voirie rentre dans le pouvoir discrétionnaire; mais, une fois accordée, la permission ne peut plus être retirée que dans l'intérêt de la viabilité ou de la conservation de la voie publique. Or le cas s'est présenté d'un retrait, dans l'intérêt de certains riverains, d'une autorisation de pose de tuyaux sous la voie publique; le préfet ayant usé des pouvoirs lui appartenant pour un objet autre que ceux à raison desquels ils lui avaient été conférés, l'arrêté fut une première fois cassé par le Conseil d'Etat. Devant cette décision, le préfet retira une deuxième fois la permission, cette fois en invoquant l'intérêt général, donc en invoquant un motif d'une exactitude et d'une légalité apparentes. Mais le Conseil d'Etat, saisi une seconde fois, opéra une nouvelle annulation, parce que l'examen du dossier ne lui permettait pas de croire que les motifs aient pu ainsi changer réellement (1). — Dans cette affaire, le Conseil d'Etat invoquait plutôt un nouveau détournement de pouvoir, qui lui était révélé par les pièces de l'instruction; il ne prononçait pas le mot de violation de la chose jugée. C'est donc là une solution un peu intermédiaire; elle s'explique parce que la doctrine sur l'annulation pour violation de la chose jugée n'était pas encore édifiée: elle devait seulement l'être en 1904, par le grand arrêt *Botta*. Il ne semble pas que, jusqu'à maintenant, une décision ait été rendue en la matière depuis cet arrêt.

B) Nous avons vu l'hypothèse un peu spéciale de l'acte intéressant la ou les mêmes personnes que l'acte annulé,

(1) Conseil d'Etat, 9 juin 1893, *Thorrand*.

et fait en tenant compte de la première annulation. Il nous reste à voir l'hypothèse, en fait beaucoup plus fréquente, de l'acte intéressant la même personne et fait en méconnaissance de la première annulation. C'est dans ce cas maintenant que par des distinctions successives nous l'avons délimité et précisé, que nous allons voir la chose jugée s'imposer au respect de l'administration au delà de l'exécution directe.

Voyons d'abord les diverses situations possibles. Il peut d'abord s'agir d'une réfection pure et simple : c'est le cas évident. Par exemple, si un règlement a été annulé, non seulement l'administration ne peut plus l'appliquer, mais elle ne peut plus le reproduire avec les mêmes moyens de droit ou dans les mêmes conditions : sinon il y aura une nouvelle annulation, cette fois exclusivement fondée sur le mépris de la chose jugée en droit. — De même, si le Conseil d'Etat a annulé un refus de permis, d'autorisation, ou de toute prestation soumise à des règles de fond, un nouveau refus, opposé à une nouvelle demande, serait une violation de la chose jugée : « considérant que... le Conseil d'Etat a jugé que le préfet a fait une fausse application de la loi du 13 juillet 1906 (sur le repos hebdomadaire)... et que c'est pour ce motif qu'il a annulé l'arrêté du préfet, que le Conseil d'Etat a en outre renvoyé le requérant devant le préfet pour la délivrance de l'autorisation à laquelle il a droit; considérant que l'autorisation ainsi visée ne peut s'entendre que de celle qui avait été demandée par le sieur C., qu'il suit de là que le préfet ne pouvait pas, sans méconnaître l'autorité de la chose jugée, lui refuser une deuxième fois la dérogation... » (arrêté annulé) (1).

Puis nous rencontrons le cas du retrait d'autorisation, que l'administration avait délivré pour se conformer à la décision du Conseil d'Etat annulant un premier refus. — Si nous restons, pour prendre un exemple, dans la manière des dérogations à la loi sur le repos hebdomadaire,

(1) Conseil d'Etat, 15 novembre 1907, Cahen.

il y a chose jugée (entre l'administration et le requérant) quand le Conseil d'Etat a jugé que tel fait justifie la dérogation demandée, et un retrait après octroi, alors qu'aucune donnée nouvelle n'est intervenue, méconnaît la chose jugée : « considérant que... le Conseil d'Etat a reconnu le droit du sieur N... à la dérogation du repos hebdomadaire par roulement ; considérant que, depuis, il ne s'est produit aucun fait nouveau pouvant permettre au préfet de la retirer ; considérant par suite que... le préfet a méconnu l'autorité de la décision du Conseil d'Etat. » (1). — Ajoutons d'ailleurs que cette jurisprudence suit une conséquence logique très importante : si, après la décision du Conseil d'Etat, le préfet refuse à nouveau l'autorisation et si une ou des contraventions sont dressées, le tribunal de simple police devra relaxer l'intéressé de ces contraventions. Il ne le relaxe pas parce que l'arrêt vaut autorisation, mais parce que la constatation du droit avec force de vérité légale paralyse provisoirement les sanctions pénales : du moment que le Conseil d'Etat déclare que l'intéressé a droit à la dérogation et qu'il y a sur ce point chose jugée, il serait contradictoire de dresser contravention. On peut rapprocher ceci de ce que nous disions page 7 : malgré l'indépendance, en principe absolue, de l'administration et de la justice, ce qui est fait ou décidé par l'une, ou jugé par l'autre, ne peut plus être détruit : il y a priorité, qui limite et arrête l'activité de l'autre autorité. — Le cas d'annulation pour violation de la chose jugée par retrait est peut-être encore plus caractéristique et frappant dans la matière des permissions de voirie. Nous avons déjà dit que la jurisprudence du Conseil d'Etat est que les permissions de voirie, bien que précaires et révocables, ne peuvent être retirées que dans l'intérêt de la circulation et de la sécurité ou dans l'intérêt de la conservation. Mais exceptionnellement elle a reconnu qu'il n'y avait pas détournement de pouvoir quand la per-

(1) Conseil d'Etat, 1^{er} février 1907, Nouzille.

mission était retirée par l'administration pour se conformer à la chose jugée : dans deux espèces classiques, le Conseil d'Etat avait jugé que les permissions avaient été accordées en violation des droits de certains concessionnaires. Ces arrêts sont très intéressants parce qu'on y voit que, pour marquer sa satisfaction de constater la bonne volonté de l'administration, le Conseil d'Etat n'a pas craint de s'interdire à lui-même de voir un détournement de pouvoir dans certaines décisions qui, si elles n'avaient pas été prises en exécution de ces arrêts, auraient été annulées en vertu d'une jurisprudence constante (1).

Nous arrivons maintenant à une hypothèse un peu plus complexe : c'est le cas où il y a répercussion de l'acte annulé par le Conseil d'Etat sur les actes connexes, que l'acte annulé conditionne. — Par exemple, un officier de réserve est révoqué, et en conséquence radié de l'ordre de la Légion d'honneur. La révocation est ultérieurement annulée pour vice de forme, et elle n'est pas renouvelée. Mais la réintégration dans la Légion d'honneur est refusée, motif pris de ce qu'il n'y avait pas eu annulation au fond, mais seulement pour vice de forme. Or, d'après la loi, il y a un lien entre les deux peines : le Conseil d'Etat a donc annulé le refus de réintégration, créant ainsi pour l'administration le devoir d'opérer une « *in integrum restitutio* » (2).

La matière de la police municipale fournit aussi un cas intéressant, qui est un peu à cheval entre les cas précédents. « Considérant que par une première décision..., le Conseil d'Etat a annulé un arrêté du maire de Limoges interdisant à la demoiselle N... de recevoir chez elle aucune personne atteinte de tuberculose, que par une deuxième décision le Conseil a prononcé l'annulation d'un arrêté pris... pour ordonner la fermeture de l'asile ouvert par la requérante, considérant que l'arrêté

(1) Conseil d'Etat, 27 septembre 1901, Pécard, 6 juin 1902, commune de Bar-le-Duc.

(2) Conseil d'Etat, 4 novembre 1921, Ferré de Peyroux.

attaqué, qui prohibe le transport sans autorisation du maire des malades atteints d'affections contagieuses, et qui interdit la réouverture de l'asile N., a méconnu l'autorité des décisions précitées. » (1).

Enfin, il faut remarquer que, bien entendu, la jurisprudence est la même quand il s'agit de litiges jugés par un tribunal administratif de premier degré. « Considérant que les décisions du Conseil de revision... sont définitives, sauf recours au Conseil d'Etat,... considérant que, si le ministre estimait que le Conseil de revision avait considéré à tort les élèves de l'Ecole coloniale comme en droit d'invoquer le bénéfice de l'article 23 de la loi du 21 mars 1905, il lui appartenait de déférer la décision au Conseil d'Etat, mais que cette décision étant par suite de l'expiration des délais devenue définitive, le ministre ne saurait, sans violation de la loi, refuser aujourd'hui au sieur K... le bénéfice de la dispense. » (2).

Si nous résumons en une formule les divers arrêts que nous venons de citer, nous pouvons donc bien dire que l'administration est tenue de conformer sa conduite ultérieure à la décision du juge, pour tout ce qui concerne son activité à l'égard des personnes qui avaient provoqué ce premier jugement : sinon il y aura annulation pour méconnaissance du premier jugement. La chose jugée constitue par conséquent une véritable règle de droit : et ceci ne fait que confirmer et préciser ce que nous avons dit précédemment de la règle de droit.

En définitive, que comporte le devoir d'obéissance de l'administration à la chose jugée ? D'abord, aussi bien pour le contentieux de pleine juridiction que pour le contentieux de l'annulation, l'exécution de la décision juridictionnelle. Ensuite, et seulement pour le contentieux de l'annulation (à cause de l'autorité absolue des jugements d'annulation, et d'ailleurs uniquement dans le cas d'identité de personne), l'obligation du respect dû à la chose jugée en dehors de son exécution directe.

(1) Conseil d'Etat, 24 janvier 1902, demoiselle Noualhier.

(2) Conseil d'Etat, 15 janvier 1898, Krautheimer.

CHAPITRE III

Le problème du droit d'injonction au profit du Conseil d'Etat

SECTION PREMIERE

Vue générale sur l'injonction et la sanction

Nous en avons terminé avec l'examen de la question qui constitue en somme la première partie de notre étude : l'obéissance, en elle-même, qui est due par l'administration à la chose jugée. Mais si nous avons vu en quoi consiste exactement ce devoir d'obéissance, si nous avons vu à quelles grandes idées il correspond, comment il se manifeste et se réalise, nous n'avons pas abordé deux questions très importantes. — D'abord, jusqu'où peut se porter le pouvoir d'annulation et de réformation du juge administratif, sans empiéter sur la vie administrative ? Autrement dit, peut-il enjoindre directement à l'administration, et dans quelle mesure, de faire tel ou tel acte ? — Ensuite, si nous savons que l'obéissance de l'administration ne peut être obtenue que d'un acte de volonté de sa part, il faut encore nous demander comment son accomplissement réel sera obtenu : nous avons bien dit que l'administration s'incline volontairement devant les décisions de la juridiction issue de son sein ; mais précisément, nous ne nous sommes pas demandé ce qui va se passer si, poussée à l'insoumission par ses intérêts égoïstes, l'administration se révolte, ouvertement ou sournoisement, contre le devoir qui lui est dicté par son juge.

En droit privé, les mêmes questions se posent, mais la réponse au problème doctrinal est toute simple : les tribunaux arbitrent souverainement les procès entre particuliers, procès qui ne mettent jamais en présence que des intérêts privés ; leurs jugements ordonnent le paiement des sommes litigieuses, s'il s'agit d'une contestation sur une dette d'argent ; et s'il s'agit d'une obligation de faire ou de ne pas faire, ils en enjoignent directement l'accomplissement ; enfin ils ont force exécutoire et emportent hypothèque, et les parties gagnantes ont à leur disposition toute la gamme des voies d'exécution contre les parties perdantes, si celles-ci sont récalcitrantes. En droit privé donc, l'injonction et la sanction existent de la façon la plus complète. — En droit public, au contraire, nous verrons que la situation est tout autre : et ici nous revenons à l'examen des privilèges de l'administration active vis-à-vis du juge administratif, examen que nous avons déjà fait très sommairement dans l'exposé général placé à la tête de notre étude. Il convient maintenant de reprendre ces privilèges et de les suivre en détail dans leur développement et leurs manifestations.

§ 1. — Des diverses solutions possibles aux problèmes de l'injonction et de la sanction

Avant d'aborder l'étude de droit positif que nous venons d'indiquer, il convient d'examiner au préalable quelles sont les diverses solutions entre lesquelles le législateur pouvait choisir.

I. Dans un premier système, — nous savons déjà que c'est lui qui en fait a été adopté en France —, l'administration jouit d'une autonomie parfaite : partout le juge respecte ses initiatives.

S'agit-il du contentieux de l'annulation ? L'annulation opérée équivaut à une rétractation, on peut dire que l'administration revient en quelque sorte à zéro ; elle

a le devoir juridique de considérer l'acte comme n'ayant jamais existé : ceci étant une conséquence de la force exécutoire du jugement ; mais aucune injonction directe, positive, ne lui est adressée. Sans doute encore, elle doit, suivant les règles que nous avons étudiées, conformer sa conduite ultérieure à la chose ainsi jugée : mais ce n'est là qu'une conséquence de l'annulation, c'en est seulement le développement logique et complet : elle n'obéit nullement à une injonction supplémentaire, qui viendrait se combiner au dispositif d'annulation.

S'agit-il maintenant du contentieux de pleine juridiction ? Deux cas, d'ailleurs d'importance inégale, se présentent. Au cas où le procès porte sur une dette d'argent, le juge prononce la réformation de la décision attaquée d'après les règles qui lui semblent justes, ou, en matière extra-contractuelle, arbitre suivant sa conscience l'indemnité due ; ce faisant, il se contente de fixer un chiffre, il ne se fait pas ordonnateur pour agir sur le comptable chargé de déboursier la somme fixée. Sans doute tout jugement comporte un mandement au ministre compétent : mais c'est à ce ministre, non au juge, de mettre en mouvement la procédure d'ordonnement et de paiement ; le juge se contente d'opérer la liquidation, il n'adresse aucune injonction. — D'autre part, au cas où le procès porte sur une obligation de faire ou de ne pas faire à la charge de l'administration, il y aurait incontestablement injonction au premier chef dans le fait de donner l'ordre de remplir cette obligation, ou de rétablir la situation conformément à cette obligation. Dès lors, dans le système de l'autonomie, pour rester cohérent, on est conduit à permettre seulement au juge de tirer les conséquences pécuniaires d'une situation dont les éléments lui sont donnés comme intangibles : ici encore, il n'y a donc aucune injonction.

Allons plus loin : nous avons vu ce qu'est le contenu de la décision juridictionnelle au point de vue de l'injonction, quelle latitude lui est laissée. Il s'agit maintenant de savoir ce qu'il adviendra ultérieurement si

l'administration refuse l'application de cette décision, qu'elle ressortisse au contentieux de pleine juridiction ou à celui de l'annulation. Dans le système de l'autonomie, il n'y a pas plus de sanction qu'il n'y avait injonction : l'administration a déjà abdiqué une partie de ses prérogatives en reconnaissant le contrôle d'un juge ; au moins faut-il que l'obéissance qu'elle lui doit soit volontaire. Evidemment il y a là un grave danger d'insurrection en germe ; mais s'il existe en bonne logique, il ne faut pas en exagérer l'importance de fait : dès lors, plutôt que d'assimiler l'administration aux personnes privées en ce qui concerne les sanctions, comme on aurait déjà pu le faire pour l'injonction, mieux vaut courir le risque, somme toute, peu inquiétant, de son insubordination. L'Etat, suivant le mot souvent répété de Thiers, doit être réputé honnête homme.

II. On conçoit au contraire un système absolument inverse dans lequel, au lieu d'assurer l'autonomie de l'administration à l'égard de son juge, on l'assujettit étroitement à l'accomplissement de son devoir, comme on le fait pour un justiciable en droit privé.

Ce système implique d'abord le droit d'injonction au profit de la juridiction administrative. — Pour justifier ce pouvoir, on indique parfois qu'il aurait une grosse importance psychologique : il mettrait l'administration ouvertement et clairement en face de son devoir, sans possibilité pour elle de se dérober à son énoncé précis. Ce faisant, on semble faire une confusion de termes entre droit d'injonction et force exécutoire ou mandement : on met aussi bien l'administration en présence de son devoir strict en fixant simplement sa dette à un chiffre précis qu'en donnant l'ordre à un comptable d'acquitter cette somme ; dans le premier cas, le jugement opère simplement une liquidation, dans le second, il opère en même temps une sorte d'ordonnancement : mais pas plus dans le premier cas que dans le second, l'administration ne pourrait légalement refuser le paie-

ment. Tout au plus, pourrait-on admettre qu'un dispositif d'injonction puisse paraître plus intimidant, et que la désobéissance soit plus grossière : en ce sens, on peut dire que l'injonction a une importance psychologique. — Sa grande utilité est toute autre : elle permet au juge, nous l'avons dit, d'imposer directement l'exécution des actes ou l'accomplissement des obligations sur lesquels porte sa décision. Ceci serait particulièrement intéressant quand il s'agit de contestations sur une obligation de faire ou de ne pas faire : alors que dans la théorie de l'autonomie administrative, le juge n'en connaissait que pour statuer sur ses conséquences pécuniaires, ici, il l'apprécie en elle-même et statue sur son existence ou son accomplissement : il n'y a plus là pour lui des données intangibles dont il n'aurait qu'à arbitrer les conséquences, il remonte jusqu'aux origines mêmes du problème qu'il résoud souverainement et en toute indépendance, sans être paralysé par aucune barrière au delà de laquelle il ne pourrait plus réformer ou condamner.

La théorie de l'assujettissement implique donc immédiatement le droit d'injonction. Elle implique aussi toute une série de sanctions en cas de désobéissance, et au premier rang la sanction la plus effective et la plus intimidante : les voies d'exécution forcée.

Il faut remarquer que le droit d'injonction et le droit de sanction ont un but commun : assurer l'obéissance effective de l'administration. Il faut ajouter aussi qu'en un sens ils sont complémentaires. Si dans les procès de droit privé, on regarde au but poursuivi, ils ne sont que deux étapes dans sa recherche, deux moyens qui se coordonnent, se suivent et se complètent : ils répondent à deux aspects d'un même problème, dont l'énoncé se déroule dans le temps. — La situation est très sensiblement différente en droit public : il serait faux de dire que logiquement l'injonction et la sanction sont inséparables : on ne peut dire que la sanction manquerait de base solide si elle ne reposait pas sur une injonction formelle : on

peut parfaitement imaginer un système où la liberté des initiatives de l'administration serait scrupuleusement respectée, où donc, dans le contentieux de l'excès de pouvoir, on se bornerait toujours à des annulations, et où le plein contentieux ne serait qu'un contentieux de l'indemnité, mais où cependant on aurait organisé une sanction pour réprimer les actes de désobéissance de l'administration. — La réciproque est beaucoup moins exacte : ici l'injonction appelle la sanction : sinon elle risquerait fort de rester platonique, si elle n'était doublée et confirmée par une sanction en cas de manquement. A la rigueur, la loi pourrait ne pas organiser la sanction, mais alors ce serait une dangereuse lacune : car le danger, pour avoir été reculé par la mise en œuvre d'une injonction formelle, n'en est que précisé et fortifié. En un mot, quoiqu'il n'y ait pas entre eux un enchaînement nécessaire, l'injonction conduit à la sanction, beaucoup plus d'ailleurs que la sanction ne présuppose l'injonction.

§ 2. — De l'utilité que présentent l'injonction et la sanction suivant les contentieux

Avant d'étudier les solutions effectivement adoptées par la loi, il faut encore confronter rapidement l'injonction et la sanction avec les deux grands contentieux administratifs, dans leur réalité vivante et complexe. La question qui se pose est celle-ci : l'injonction et la sanction présentent-elles la même utilité indifféremment dans le contentieux de pleine juridiction et dans le contentieux de l'annulation ?

I. Voyons d'abord à ce point de vue le problème du droit d'injonction, — et d'abord en ce qui concerne le contentieux de pleine juridiction. Ici, le problème est très grave. En effet, en prononçant des réformations, le juge arbitre les droits en présence, en reconnaît le contenu et l'étendue, et surtout en ordonne le redressement

ou la réalisation ; de façon générale, nous l'avons dit, il en tire les conséquences pécuniaires. Jugeant ainsi un point de droit dont la solution implique et nécessite des actes matériels de réalisation, la tentation lui sera facile, — et peut-être, pourrait-il se dire, la commodité serait grande pour le justiciable —, de prescrire lui-même les mesures aptes à faire coïncider la situation de fait avec la solution de droit : la tentation sera, nous l'avons dit, tout particulièrement forte s'il s'agit d'un procès portant sur une obligation de faire à la charge de l'administration. En allant jusqu'au bout de l'idée, le juge arriverait à substituer son action à celle de l'administration, par exemple en ordonnant des travaux ou en opérant lui-même, si c'est matériellement possible, une prestation refusée.

Nous verrons plus loin tous ces points en détail : il suffit de retenir que, dans le plein contentieux, on peut aller très loin dans la voie de l'injonction, puisque logiquement l'injonction semble être de l'essence même du plein contentieux. Au contraire, dans la matière de l'excès de pouvoir, le besoin du droit d'injonction se fait sentir beaucoup moins impérieusement. — La grande raison, c'est, nous l'avons vu, que les principes généraux conduisent à dire qu'une simple formule d'annulation suffit : l'acte annulé disparaît purement et simplement, son retrait rétroagit, il est censé (sous la réserve qu'il a pu se doubler de droits subjectifs) n'avoir jamais existé. Une injonction, s'ajoutant à l'annulation, serait donc contradictoire. — Ensuite, faut-il ajouter, le désir du juge de pouvoir renforcer l'affirmation dans laquelle réside son annulation par une injonction plus positive, ne s'est jamais fait sentir d'une façon sérieuse et pressante, parce que le juge a longtemps vécu sous l'idée que le recours pour excès de pouvoir était une voie exceptionnelle, et parce que, encore maintenant, il estime devoir montrer une certaine timidité dans son maniement. Nous avons déjà, en passant, indiqué ce point ; il convient d'y revenir avec plus de détails pour montrer com-

ment il réagit puissamment, quoique comme raison nettement secondaire, sur la matière qui nous occupe.

La doctrine a d'abord calqué la distinction des contentieux sur la distinction de l'acte d'autorité et de l'acte de gestion. Elle oppose alors deux notions très claires en apparence : d'une part le procès devant un juge qui a les pouvoirs les plus étendus, en fait comme en droit, d'autre part le procès fait, non à une partie, mais à un acte d'autorité, devant un juge qui ne prononce qu'en droit et ne peut qu'annuler. Dans cette théorie, on indique donc un triple criterium du recours pour excès de pouvoir : la nature de l'acte attaqué (acte unilatéral, non né de rapports *inter partes*), la nature des conclusions (uniquement à fins d'annulation), les pouvoirs du juge (uniquement d'annulation). — Mais si séduisante qu'elle fût à l'esprit, cette théorie devait être abandonnée, parce qu'il était impossible en fait de séparer et de classer les actes d'autorité et les actes de gestion. Quel allait être alors le criterium adopté pour le contentieux de l'excès de pouvoir ? Il fut indiqué dans les grandes conclusions (déjà indiquées plus haut), pour l'arrêt Jacquin (30 novembre 1906). Très justement elles montrent que le recours pour excès de pouvoir n'est en somme qu'un recours de pleine juridiction dirigé contre un acte d'autorité et limité en conséquence à fin d'annulation ; et elles constatent que le recours ne conserve plus sa physionomie propre que contre les actes généraux et réglementaires. On trouve donc dans cette nouvelle théorie l'indication de la confusion profonde des deux contentieux : le contentieux de l'annulation n'est qu'une branche séparée d'un tronc commun : comme il s'agit d'un acte de puissance publique, les pouvoirs du juge y sont moins grands, par timidité, que dans le plein contentieux. Autrement dit, cette théorie fait des pouvoirs du juge le plus sûr criterium. — Aujourd'hui, la doctrine a été encore plus loin, dans la voie ainsi indiquée, et, creusant peut-être plus profondément encore la distinction des contentieux, elle en est arrivée à choisir comme cri-

terium la notion de statut objectif par opposition à la notion de droit subjectif. Ce dernier état de la doctrine n'est d'ailleurs pas encore admis par la jurisprudence, mais sans inconvénient réel : en fait, on peut dire que les deux théories se recouvrent assez exactement. Il reste que pour la jurisprudence le grand criterium (qui est d'ailleurs un peu une tautologie) réside dans les pouvoirs d'annulation du juge. Le recours pour excès de pouvoir n'est plus une voie de recours exceptionnelle, mais par essence il demeure timide en ce qui concerne les pouvoirs du juge. Il n'est pas étonnant dès lors que le dispositif des jugements statuant sur un recours pour excès de pouvoir continue à n'énoncer qu'une formule d'annulation. — Tout au plus, nous verrons que le Conseil d'Etat en arrive à compléter son dispositif en soulignant les conséquences de droit de l'annulation qu'il prononce : mais il ne s'agit là nullement d'une injonction à l'administration. — Ou bien encore, le Conseil d'Etat (développant les conséquences de la confusion réelle de deux contentieux, confusion que nous l'avons vu admettre lui-même) a pu aller jusqu'à prononcer la jonction de recours en annulation et de recours de pleine juridiction.

Nous savons en effet que dans la réalité s'adoucît l'opposition entre le plein contentieux et le contentieux de l'annulation. Au lieu de correspondre à deux hypothèses bien différentes, et même exclusives, celles de statut objectif et de droit subjectif, la détermination des contentieux se fait souvent au choix du requérant : en ne considérant que la décision exécutoire, il pourra l'attaquer dans sa validité objective ; mais s'il se retourne contre les actes d'exécution, en invoquant les droits qui sont venus doubler son statut, il fait tirer les conséquences pécuniaires de ces actes. — Dès lors le requérant pouvant avoir intérêt tant à attaquer la décision exécutoire qu'à incriminer les actes d'exécution, le Conseil d'Etat s'apercevra de l'intérêt qu'il a à joindre ces deux recours : le contentieux de l'annulation s'intégrera dans

le contentieux de pleine juridiction. Mais alors se pose-ra, beaucoup plus aiguë que dans un recours ordinaire pour excès de pouvoir, la question de l'injonction : il pourra paraître très désirable, en effet, qu'après avoir prononcé l'annulation dans la première partie de son dispositif, le juge prévoie et ordonne les mesures propres à remettre la situation du requérant en conformité avec l'annulation qu'il vient de prononcer. — Le problème devient alors exactement le même que pour un recours de plein contentieux ordinaire : le recours en annulation étant transformé en recours de pleine juridiction, la décision ne peut-elle que tirer les conséquences pécuniaires de l'injustice réprimée par l'annulation, ou bien peut-elle imposer à l'administration une obligation de faire ?

II. La situation est renversée en ce qui concerne la question de la sanction : l'intérêt que présente pour chaque contentieux l'existence d'une sanction est diamétralement opposé en importance à l'intérêt que présente pour lui l'existence d'une injonction.

En effet, l'absence de sanction directe ne s'est pas fait sentir gravement dans les affaires de plein contentieux. C'est qu'ici il s'agit d'actes et de rapports *inter partes*, constituant ce qu'on appelle le commerce juridique entretenu par l'administré avec l'administration en qualité de partie : pour ces actes (que, dans la théorie de l'arrêt Jacquin, on appelle encore actes de gestion), l'intervention du juge semble moins indiscrete à l'administration, qui s'y soumet alors de meilleure grâce : c'est que ce ne sont pas ses initiatives comme puissance publique qui sont incriminées, généralement il s'agit seulement de contestations d'ordre pécuniaire, ou plus rarement de contestations portant sur une obligation de faire. Ce sont toujours là des questions contractuelles ou quasi-délictuelles (elles sont beaucoup plus rarement quasi-contractuelles ou délictuelles) qui sont en cause, et l'administration prendra beaucoup moins facilement

ombrage du contrôle juridictionnel dans ces matières très analogues au droit privé, que lorsqu'elle exerce ses prérogatives de puissance publique et que dès lors, vis-à-vis de son juge, elle a le sentiment beaucoup plus net d'une abdication. — Donc, pour le plein contentieux, la désobéissance de l'administration à la chose jugée n'est guère à craindre. Elle l'est d'autant moins si l'on songe que, le juge prononçant dans ce contentieux une condamnation ou une réformation, cette condamnation ou cette réformation entraîne directement à la charge de l'administration une obligation, ou opère novation de son obligation antécédente. Dans ces conditions, l'insurrection contre la chose jugée serait vraiment trop flagrante et trop grossière, si bien que la tentation n'est pas grande pour l'administration.

Elle est bien plus dangereuse et séduisante, au contraire, quand il s'agit d'un recours en annulation : ce recours aboutit à une affirmation purement doctrinale, par laquelle le juge se borne à dire quelle est la prétention qui est fondée en droit : il se borne à redire son devoir à l'administration, en faisant, comme on l'a dit, un appel éloquent à la moralité qui s'impose à elle plus qu'à quiconque : mais cet appel, qui n'est donc à bien des égards qu'un appel à ses bons sentiments, laisse la porte ouverte à sa mauvaise volonté. Ce n'est pas seulement d'ailleurs sous l'influence certainement grandissante des mœurs électorales, que s'est développée la mauvaise foi de l'administration. Elle s'est manifestée aussi par une réaction, toute naturelle psychologiquement, contre l'extension des pouvoirs du juge et la hardiesse de ses investigations : nous avons déjà dit en effet comment, grâce au recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'Etat a, par une œuvre prétorienne, créé tout un droit nouveau en le faisant pénétrer dans des régions jusqu'alors à peu près inexplorées, et comment, débordant les cadres proprement juridiques, il en est arrivé à imposer à l'administration, non seulement le respect de la légalité, mais même celui de la moralité

extralégale ; et il a mis ainsi à la base du recours une notion à la fois juridique et morale. Ce faisant, il espérait réduire toujours plus l'arbitraire et l'injustice de l'administration : mais il était aussi inévitable que, par une action en quelque sorte réflexe, il surexcitât sa mauvaise humeur, il l'incitât à la désobéissance : et c'est ce qui est arrivé. Dès lors, devant le danger qui s'élevait contre le Conseil d'Etat, le problème de la sanction prenait une acuité particulière, qu'il n'avait jamais eue et ne pouvait pas avoir dans la matière du plein contentieux.

Résumons-nous : l'injonction et la sanction ne présentent pas partout une invariable utilité : peut-être désirable en pleine juridiction, l'injonction se conçoit mal dans le contentieux de l'annulation ; au contraire, la sanction, sans grand intérêt dans le domaine de la pleine juridiction, présente une utilité plus certaine dans celui de l'annulation.

SECTION II

Le problème de l'injonction en ce qui concerne le contentieux de pleine juridiction

Ayant vu, dans les développements précédents, en quoi consiste le droit d'injonction, à quelles grandes idées il correspond, comment il se manifeste dans les diverses voies contentieuses, nous sommes en mesure d'aborder l'étude positive de la loi et de la jurisprudence, qui pouvaient choisir l'un ou l'autre des deux systèmes possibles ou les combiner entre eux.

D'un mot, nous pouvons dire que la loi rejette le pouvoir d'injonction. Le juge administratif suit l'administration active dans sa marche ; il répare les injustices qu'elle commet vis-à-vis de ses sujets, en annulant ses actes tant qu'il en est temps ; et quand il trouve devant lui un requérant qui se plaint, en tant que par-

tic, du tort fait à ses droits légitimes, il l'en indemnise, mais sans pouvoir contraindre l'administration à revenir en arrière et à repartir dans une direction où elle ne lèsera plus le requérant. C'est pourquoi on a pu comparer assez justement l'administration active à une colonne en marche : tant que les décisions de son chef ne sont pas exécutées, le supérieur qui a reçu mission de le tenir en bride, mais de lui laisser ses initiatives, pourra opposer son veto et annuler les ordres de son subordonné ; et quand les opérations projetées ont été réalisées, les services d'ambulance suivent la colonne dans sa progression, pour recueillir les blessés, sans pouvoir, quelles que soient les pertes subies ou les dommages éprouvés, arrêter ou modifier la marche. — Tels sont les rôles respectifs du contentieux de l'annulation et du contentieux de pleine juridiction. Ni dans l'un ni dans l'autre, le juge n'adresse jamais d'injonction à l'administration active : tant qu'elle n'a pris qu'une décision, en tant que puissance publique, le juge se contente de l'annuler ; dès que son exécution a fait apparaître derrière le sujet une partie, qui se plaint non plus de la lésion de ses intérêts, mais de la violation de ses droits, elle la dédommage sans pouvoir imposer à l'administration de modifier son attitude : elle n'intervient qu'*a posteriori*, et n'apprécie le bien ou le mal fondé des actes qui précèdent que pour se faire une opinion sur l'indemnisation demandée.

Qu'est-ce alors qu'une injonction ? Il ne faut pas l'entendre dans le sens général de : ordre donné par la juridiction administrative. Sinon, on risquerait fort, comme nous l'avons déjà indiqué, de faire une confusion avec le mandement contenu dans le jugement. Il est évident que ce jugement, pour l'administrateur chargé de l'appliquer, constitue un impératif catégorique : et c'est pourquoi on doit poser le principe du devoir d'obéissance à la charge de l'administrateur. A cet égard, on pourrait donc être tenté de dire qu'il y a injonction. — Il faut donc entendre ici cette expression

dans un sens beaucoup plus précis, que les analyses précédentes nous permettent maintenant de mieux délimiter. L'injonction, c'est l'ordre du juge qui, imposant aux agents actifs l'accomplissement de certains actes positifs, ou même prenant la place et jouant le rôle des actes qui auraient dû être accomplis par ces agents, vient *s'intercaler* dans la succession des actes et des décisions en lesquels consiste l'activité administrative au service des administrés.

Dans la législation française, aucun texte général ne vient interdire cette injonction. — Tout d'abord des textes, d'ailleurs eux-mêmes fragmentaires, prévoient, en se reportant à une sorte de tradition, les privilèges de l'administration active. Mais non seulement le législateur n'a jamais pensé à les codifier, à en faire l'affirmation doctrinale, mais il est encore extrêmement remarquable qu'aucune loi n'est venue prévoir l'un d'eux explicitement : chacun doit être dégagé de dispositions législatives qui ont organisé en détail, sur tel ou tel point précis, l'autonomie de la vie administrative, sans paraître jamais obéir à aucune idée générale. — D'autre part, aucune loi ne fait allusion au droit d'injonction. Bien au contraire, l'idée évidente qui est à la base de tous les textes sur la juridiction administrative, c'est que la liberté des initiatives de l'administration active doit toujours être respectée. Dès lors le silence des textes, qui par ailleurs organisent souvent minutieusement la procédure administrative, est tout à fait significatif, puisqu'en somme, autoriser l'injonction au profit du Conseil d'Etat, c'est, nous venons de le dire, lui permettre d'intercaler un ordre dans la vie de l'administration. — D'un côté comme de l'autre, la volonté du législateur n'est donc pas douteuse.

Cependant, si le principe général est bien l'impossibilité pour le Conseil d'Etat d'adresser une injonction, nous verrons la jurisprudence, pour pallier à certains inconvénients que nous avons signalés dans le premier chapitre, s'efforcer d'assouplir ce principe un peu

rigoureux. — Notre plan pour cette section — plan que d'ailleurs nous reproduirons, logiquement, dans toute notre étude sur l'injonction et la sanction — est donc tout tracé : après avoir rapidement précisé le principe et montré comment il joue en fait, nous rechercherons les progrès faits par la jurisprudence dans la limite de ce principe.

§ 1. — Des principes généraux consacrés par le droit français

A vrai dire, ainsi que nous avons déjà eu souvent l'occasion de l'indiquer, les pouvoirs du juge dans le contentieux de pleine juridiction sont extrêmement variables. Tantôt le Conseil d'Etat réforme la décision que le requérant attaque, quand il l'estime, non seulement illégale, mais erronée, et dans ce cas il constate une obligation, ou il substitue une décision nouvelle : c'est le cas, par exemple, pour les contestations relatives aux liquidations de fourniture ou aux décrets de pension. Tantôt il prononce une condamnation contre la personne administrative mise en cause : par exemple, il reconnaît sa responsabilité pécuniaire et met à sa charge une indemnité ; ou bien il la condamne à payer un traitement. Dans toutes ces matières, le juge statue en fait comme en droit et il jouit de pleins pouvoirs, comme le juge civil.

Mais il faut bien souligner qu'il ne peut réduire à néant les actes exécutoires que l'administration a déjà faits. Ainsi les positions des fonctionnaires peuvent être discutées en fait dans une affaire contentieuse de pleine juridiction, c'est-à-dire qu'elles peuvent être vérifiées dans leur existence de fait et leur définition légale ; mais elles ne pourraient pas l'être en droit, en ce sens qu'elles ne peuvent pas être modifiées par le juge ou tenues par lui comme non avenues, et que le juge, sauf des cas tout à fait exceptionnels, ne peut pas examiner si elles ont été légalement prononcées : elles doivent

être rapportées ou annulées par l'administration active et ne peuvent l'être que par elle (à moins d'un recours en annulation, bien entendu). Le juge ne peut donc ici que la condamner à une indemnité pour le dommage qu'elle a causé. Et ainsi on peut déjà dire à cet égard que le contentieux de pleine juridiction est essentiellement un contentieux de l'indemnité.

Mais qu'a exactement droit de faire le juge en condamnant ou en réformant ? Il est indispensable sur ce point de suivre en détail la distinction classique du cas où le procès porte sur une dette d'une somme d'argent et de celui où il porte sur une obligation autre qu'une dette d'argent.

I. Que doivent faire dans le premier cas les agents publics pour se conformer à la chose jugée ? Nous savons qu'il doit être pourvu à l'exécution du jugement par le ministre compétent, en vertu du mandement contenu dans la formule exécutoire de l'arrêt. Le paiement ne peut résulter en effet que d'un ordonnancement fait par le ministre compétent dans la limite des crédits dont il a la disposition : c'est la solution que nous avons fait pressentir.

Or les textes sur les finances publiques lui laissent latitude d'appréciation : car il a la charge de l'aménagement des finances de l'Etat. Donc, non seulement il n'y a pas ici injonction proprement dite, mais les intéressés risquent d'être désarmés contre un refus d'ordonnancement. — Mais l'analyse juridique montre d'autre part que le ministre a le devoir d'obéir. Comment concilier ces deux idées ? Il faut répondre que le ministre n'a pas à apprécier le bien-fondé de la décision, ni les avantages ou les inconvénients de son inexécution budgétaire : son pouvoir discrétionnaire — c'est là une idée que nous rencontrons souvent — se réduit au contraire au seul pouvoir du choix de l'heure.

Sur ce premier point, le problème de l'injonction n'offre donc aucune difficulté. A peine pouvons-nous

signaler une hypothèse un peu différente : jusqu'ici nous avons supposé que le jugement opérait liquidation. Or il faut ajouter, pour donner au plein contentieux son véritable aspect dans la jurisprudence, qu'assez souvent le Conseil d'Etat se borne à proclamer le principe et n'arbitre pas l'indemnité : il se contente de renvoyer le demandeur devant l'administration pour la liquidation de l'indemnité à lui octroyer sur la base de l'arrêt (c'est le cas, par exemple, pour les pensions), ou même pour s'entendre avec elle sur le montant de cette indemnité (il en est ainsi pour les indemnités à allouer aux concessionnaires de services publics en application de la théorie de l'imprévision). Ce n'est pas là une abdication du juge du plein contentieux, car cela ne l'empêchera pas d'annuler plus tard toute liquidation qui n'aurait pas été faite sur les bases qu'il a pu indiquer. — Quelle est la raison d'être de cette jurisprudence ? On a dit quelquefois que c'était un scrupule du juge, une simple marque de courtoisie destinée à ménager la susceptibilité de l'administration. Cette explication n'est pas exacte : le Conseil d'Etat n'emploie plus cette pratique jurisprudentielle que lorsqu'il ne dispose pas des éléments de fait suffisants et qu'il veut éviter une expertise : dans les autres cas, cette pratique donnerait de très mauvais résultats, parce qu'un accord amiable est très difficile à obtenir.

Soulignons en terminant que le ministre, n'ayant que le choix de l'heure où il effectuera l'ordonnancement, ne peut pas, à plus forte raison, invoquer, pour refuser l'exécution du jugement, un argument tel que la compensation. Soit par exemple une somme rétablie, par décision du Conseil d'Etat, au compte d'un entrepreneur : le ministre refusa d'ordonnancer cette somme, motif pris de ce que cette somme avait été remise à l'agent principal du requérant, qui l'aurait encaissée ultérieurement. Or cette affirmation n'avait pas été admise par le Conseil d'Etat, comme il y avait eu ordonnancement au nom de l'agent ; mais en même temps

L'arrêt réservait l'introduction d'un recours de l'administration contre l'agent principal pour répétition de l'indû. Saisi d'un nouveau recours, cette fois dirigé contre le refus d'ordonnancement, le Conseil d'Etat a déclaré que sa première décision devait être « interprétée en ce sens que le paiement allégué par le ministre de la guerre pouvait ouvrir un recours contre l'agent, mais que la première décision ne pouvait dès maintenant le dispenser de payer cette somme » (1).

II. Dans tous les cas où la contestation portée devant le Conseil d'Etat juge de plein contentieux ne porte pas sur une dette d'argent, elle porte sur une obligation de faire ou de ne pas faire à la charge de l'administration. C'est d'ailleurs une hypothèse beaucoup moins fréquente.

Ici les pouvoirs du Conseil d'Etat sont beaucoup moins étendus : c'est que le système français consacre l'impossibilité de l'injonction : ici d'une façon toute particulièrement évidente, l'injonction consisterait en une obligation directe de faire ; au contraire, ainsi que nous l'avons dit, le contentieux administratif est purement un contentieux de l'indemnité.

Un exemple caractéristique nous est fourni par la matière de l'assistance : soit le recours dirigé contre un arrêté de Conseil de Préfecture, déclarant qu'un certain individu n'ayant ni domicile de secours communal, ni domicile de secours départemental devait être admis au bénéfice de la loi du 14 juillet 1905 à la charge de l'Etat. L'arrêt du Conseil d'Etat déclara que la formule employée par le Conseil de Préfecture dépassait la limite de ses attributions : il devait se borner à déclarer l'inexistence d'un domicile de secours, sans aller plus loin. Son tort avait donc été de tirer lui-même la conséquence qui découlait naturellement de ces prémisses : si impossible qu'il fût d'interpréter l'arrêté

(1) Conseil d'Etat, 5 janvier 1883, Bloch.

comme ne faisant que décharger le département, il convenait cependant, pour la correction juridique, de le réformer (1).

Mais l'exemple-type est celui de la matière des travaux publics : l'administration a seule le pouvoir discrétionnaire de construire, de modifier ou de démolir. Il est donc particulièrement exact de dire ici que le juge intervient *a posteriori*, et pour tirer les conséquences pécuniaires d'une situation laissée à la discrétion de l'administration. En vertu de ce principe, le juge administratif peut condamner l'administration à payer une indemnité ; mais il serait inconcevable qu'il la condamnât à effectuer un travail destiné à faire disparaître à l'avenir les causes des dommages (par exemple en démolissant un ouvrage public), et à plus forte raison qu'il sanctionnât ses injonctions de faire par une astreinte. Puis donc que l'intangibilité du domaine public, même mal planté, est actuellement posée en principe, tout l'effort du juge, en l'espèce le Conseil de Préfecture, ne peut en définitive que porter sur une « exacte évaluation de ce qui est dû » : « considérant, dit le Conseil d'Etat, que le Conseil de Préfecture était compétent pour statuer sur la demande d'indemnité formée devant lui, mais qu'il ne lui appartenait pas d'ordonner la suppression d'ouvrages publics ; considérant... qu'il sera fait une exacte évaluation des dommages... » (2).

§ 2. — Des progrès obtenus par la jurisprudence dans la limite des principes

Si, dans le droit commun, le Conseil d'Etat se refuse à adresser des injonctions à l'administration active, nous avons dit qu'il a cependant été amené, par le développement de sa jurisprudence, à rechercher des moyens indirects destinés à peser sur elle et à obtenir

(1) Conseil d'Etat, 22 janvier 1909, Ministre de l'Intérieur.

(2) Conseil d'Etat, 30 mars 1905, Berry et Chevallard.

l'exécution de certains actes sans l'y condamner formellement.

I. Certains auteurs ont même poussé la hardiesse jusqu'à conseiller au juge administratif d'aller encore beaucoup plus loin : c'est-à-dire de condamner l'administration par une véritable astreinte. Etudions donc d'abord cette question préliminaire : ne vaut-il pas mieux, au lieu de biaiser, aborder le problème de front et permettre au Conseil d'Etat d'ordonner indirectement par la menace d'une astreinte ?

La difficulté vient de ce que, juridiquement, le caractère de l'astreinte a été très discuté. Longtemps la doctrine et la jurisprudence ont voulu la faire rentrer dans la catégorie des dommages-intérêts moratoires. Mais elles ont dû, finalement, abandonner cette opinion, qui se heurtait aux faits mêmes. Sans doute, le bénéfice de l'astreinte est pour le plaideur — c'est en ce sens une *pœna privata* —, mais son véritable caractère, c'est d'être une peine civile, coercitive, que le juge inflige pour désobéissance à la chose jugée, et non comme réparation du préjudice : elle punit, non la faute du débiteur, mais la faute du justiciable ; c'est une menace.

Ce qui le prouve, c'est qu'elle peut ne représenter en aucune manière le dommage réel, — que, si le débiteur s'exécute, elle peut être rabattue par le juge, — et que, si au contraire le débiteur ne s'exécute pas dans le délai imparti, elle peut être relevée. Et c'est d'ailleurs ce qui a fait dire que l'astreinte va à l'encontre du principe d'après lequel les tribunaux prononcent des jugements définitifs, non de simples menaces.

S'il s'agit d'une astreinte définitive et irrévocable, et non plus provisoire et purement comminatoire, sans doute ici le juge ne fixe plus par avance que le montant du préjudice causé par le refus de la partie ; mais il y a toujours injonction formelle.

Somme toute, pour affirmer la légalité de l'astreinte, il a fallu admettre que le tribunal civil, en vidant le

litige, commande, enjoint. Il ne fait pas seulement un acte de juridiction, il rend un règlement particulier dans une affaire, règlement tendant à la pleine satisfaction du droit, dont, comme juge, il a reconnu l'existence ou l'étendue. Or, pour qu'un ordre soit sérieux, il faut une sanction : et c'est par là que se légitime l'astreinte.

Dans l'exercice de l'astreinte, il y a par conséquent, d'après les civilistes, plutôt un pouvoir de commandement qu'un pouvoir de juridiction. Mais ce n'est pas, malgré les apparences, une solution qui s'oppose au caractère véritable des jugements. C'est tout simplement une survivance de l'imperium du droit romain, dans lequel la justice était plus impérieuse qu'arbitrale. Une formule classique marque bien que les juges avaient, comme les arbitres, la connaissance des causes, et en plus le droit de commandement : « cum id esse territorium definiatur in quo quisque terrendi pro potestate jus habeat ». — Le droit du Moyen-Age montre clairement cette origine romaine; sans doute, la justice y adopte davantage le caractère de juridiction, mais on y parle couramment encore du droit d'injonction et de menace : le juge sanctionne par des peines, pour la bonne administration de la justice, et il a le pouvoir de faire exécuter ses sentences.

A vrai dire, les civilistes ont pu se demander si la pratique de l'astreinte, relevant de l'idée de commandement, n'était pas, en même temps que cette idée, devenue illégale depuis 1789 : d'abord à cause de la séparation des pouvoirs ; ensuite à cause de la disposition du Code Civil qui interdit aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui lui sont soumises. — Cependant la doctrine a dû reconnaître que les juges conservent encore le pouvoir de commander : ce ne sont que les règlements généraux, statuant pour l'avenir, à l'égard de tous, qui sont interdits. Et d'ailleurs l'article 1036 du Code de Procédure (article d'ailleurs lui-même très discuté) donne expressément le droit de prononcer des injonctions. — La

question était certainement plus délicate pour le pouvoir sanctionnateur. Mais ici encore beaucoup d'auteurs ont reconnu que ce pouvoir n'est défendu par aucun texte, — sauf controverse : sans doute, les peines arbitraires sont supprimées ; mais ce ne sont pas des peines de droit commun. Et c'est là un pouvoir complémentaire du droit de commandement : l'un et l'autre sont inséparables.

Il était indispensable de rappeler brièvement ces notions pour montrer que l'astreinte est toujours une injonction formelle. — Or, étant donné le principe de l'indépendance de l'administration active, il est certain que le juge administratif, dans les arrêts qui la concernent, ne peut pas inscrire de clause pénale ni d'amende civile. Il ne peut qu'accorder à la partie lésée une indemnité qui sera une « exacte évaluation de la réparation qui est due ». Etant donné le système juridique établi, y admettre la pratique de l'astreinte serait une inconséquence très grave. C'est donc tout à fait à tort que quelques auteurs ont préconisé l'astreinte : en vertu des principes à l'intérieur desquels elle ne peut qu'évoluer, la jurisprudence ne peut en venir jusqu'à ce qui en serait le bouleversement, malgré toute la hardiesse de son évolution.

II. Mais si la jurisprudence entend observer respectueusement ces principes, elle n'a pas voulu non plus rester désarmée devant le pouvoir discrétionnaire de l'administration active. Dès lors, ne pouvant aborder de face la difficulté, elle a cherché un moyen de pression indirecte, mais encore efficace : ce qui lui permettra, tout en ayant rendu hommage à l'indépendance de l'administration, de dompter son arbitraire.

Cet effort a porté particulièrement dans la matière des dommages causés par l'exécution de travaux publics, matière que nous avons précisément prise comme exemple pour étudier le principe général. Ce principe général, c'est l'intangibilité du travail public. — Sans

doute, la jurisprudence n'a jamais voulu abandonner ce principe et se départir de sa discrétion vis-à-vis de l'administration. Mais, par un premier progrès, elle s'est demandé si, sans excéder ses fonctions, elle ne pouvait pas, tout en condamnant l'administration active à une indemnité pour les dommages passés et à venir, lui indiquer qu'il serait peut-être préférable d'opérer les suppressions ou les modifications d'ouvrages nécessaires pour faire cesser les dommages. — Mais il n'y avait là qu'un simple conseil, une simple alternative proposée : il n'y avait aucune pression ; le dommage permanent était considéré comme la conséquence inévitable d'un état de choses à la modification duquel le Conseil d'Etat ne songeait même pas. C'était d'autant plus vrai que l'indemnité à laquelle le juge condamnait l'administration était une indemnité fixe et irrévocable, payable immédiatement, n'ayant aucun des caractères de l'astreinte. — Cette jurisprudence a été inaugurée par l'arrêt de 1905, dont nous venons de parler, et qui pose bien, l'une en face de l'autre, les deux idées : d'une part le Conseil d'Etat, sur appel d'une décision rendue par un Conseil de Préfecture, qui avait ordonné la suppression d'un ouvrage public, reconnaît qu'il y avait là un excès de pouvoir ; d'autre part, son arrêt décide qu'il sera fait une « exacte évaluation, pour la somme de... si la commune n'aime mieux supprimer les ouvrages exécutés par elle » (1).

Puis la jurisprudence s'est enhardie, parce que la solution qu'elle venait d'admettre ne lui semblait pas suffisante pour influencer sur les décisions de l'administration supérieure. Elle applique alors l'idée de l'annuité, qu'elle emprunte à la théorie des dommages successifs, et par cette extension elle trouva un moyen très ingénieux d'arriver somme toute au même résultat pratique que par l'astreinte. — C'est précisément dans cette intention qu'elle accorde des dommages-intérêts moratoires.

(1) Conseil d'Etat, 10 mars 1905, Berry et Chevallard.

Ils ne sont nullement une amende civile, mais seulement une exacte évaluation des dommages. Ils ne constituent pas une injonction à l'administration compétente de faire cesser le dommage, mais ils procèdent d'une constatation objective faite par le juge d'un dommage qu'il estime devoir cesser. Mais il n'en reste pas moins que la jurisprudence voit ainsi s'élargir beaucoup son horizon. Devant un dommage permanent, elle n'accordera plus, de temps à autre, une indemnité suffisante; mais, dans chaque espèce, elle se demandera même si elle ne peut contraindre indirectement l'administration à faire cesser le dommage en la condamnant à payer des indemnités annuelles. « Considérant que l'établissement et le fonctionnement défectueux (d'un ouvrage public) ont causé un préjudice de nature à motiver une indemnité; considérant que la somme de 50 francs allouée par la ville est insuffisante; qu'il sera fait une exacte évaluation de la réparation qui est due en condamnant la ville de N. à payer, outre la somme de 50 fr. : 1° une indemnité de 1032 fr. pour la période de 1901 au jour de la présente décision; 2° une indemnité annuelle de 200 fr. jusqu'à la cessation du dommage... » (1). Il faut d'ailleurs remarquer que cette jurisprudence ne semble pas avoir été appliquée aux travaux de l'Etat.

En résumé, le juge laisse intact le principe de l'intangibilité de l'ouvrage public, mais il s'aperçoit que cette intangibilité peut en l'espèce être mauvaise, et il soupçonne que l'ouvrage peut être démoli ou remanié; et il souligne cette indication par des dommages-intérêts moratoires. Ce faisant, il n'émet pas d'injonction et ne renforce pas son ordre par une astreinte: mais, en pratique, le résultat obtenu est le même.

Toujours dans la matière des travaux publics, il faut encore signaler une jurisprudence très analogue. Le concessionnaire de travaux publics est vis-à-vis de

(1) Conseil d'Etat, 23 novembre 1906, Bichambis contre ville de Narbonne.

l'administration dans une position beaucoup plus forte que les entrepreneurs ordinaires. Il peut en effet exiger que le contrat s'exécute et obtenir pour cela du juge du contrat que celui-ci donne l'ordre de livrer les terrains promis, sous peine de dommages-intérêts moratoires. Ici, le contrat de concession exigeant par sa nature même des garanties particulièrement fortes, on a reconnu exceptionnellement au juge administratif le droit d'adresser de véritables injonctions. Mais il reste que la menace en cas de désobéissance correspond bien mieux à l'idée de dommages-intérêts moratoires qu'à celle d'astreinte proprement dite. « Considérant que... rien ne faisait obstacle à ce que la ville d'O. fit remise intégrale à la Société requérante, de la totalité des cinq sources; que dès lors la Société ayant droit à obtenir l'exécution effective de son contrat de concession de travaux publics, il y a lieu de condamner cette ville à effectuer cette remise dans le délai d'un mois à compter de la notification de la présente décision, sous peine d'une indemnité journalière de 300 fr. par jour de retard... article 1 : la ville d'O. remettra à la Société... sous peine d'une astreinte de 300 fr. par jour de retard ; article 2 : la ville d'O. remboursera à la Société le montant de son cautionnement... » (1). — Il semble que c'est à tort que le mot astreinte a été employé ici. Sans doute, il ne s'agit plus, comme dans la matière des dommages résultant de l'exécution d'un travail public, d'une exacte évaluation du dommage subi : il s'agit bien plus ici d'une pression psychologique. Et c'est ce qui a dû faire songer au terme d'astreinte, quoiqu'il n'y ait qu'une assimilation purement superficielle : pourrait-on admettre, par exemple, que si la ville s'était exécutée assez rapidement, elle aurait pu demander au juge de rabattre le montant de son astreinte ?

Résumons en quelques mots le chemin parcouru : le

(1) Conseil d'Etat, 4 août 1908, Société générale des Eaux d'Oran.

principe essentiel (sauf l'exception dont nous venons de parler), c'est que le plein contentieux est un contentieux de l'indemnité. Tout au plus la jurisprudence se permet-elle d'opérer une pression indirecte sur l'administration par la pratique des dommages-intérêts moratoires. Nous avons vu combien cette pratique était efficace en matière de dommages causés par des travaux publics : elle permet d'inciter l'administration à démolir l'ouvrage, mais en même temps le juge y proclame l'intangibilité par voie juridictionnelle de cet ouvrage.

Si maintenant nous abandonnons la matière des travaux publics pour chercher ailleurs, nous trouvons une transposition très curieuse des mêmes idées dans une matière toute différente : les recours introduits par les fonctionnaires. — C'est ainsi qu'un arrêt accorde une indemnité au fonctionnaire requérant, et ajoute : « sous réserve du droit pour le requérant de former une nouvelle réclamation à fins d'indemnité, si sa situation n'était pas régularisée dans le mois qui suivrait la mise en demeure adressée par lui à la commune » (1).

Deux remarques importantes sont à faire au sujet de cet arrêt. — D'abord, les dommages-intérêts ainsi accordés évoquent beaucoup plus, en ce qui concerne l'idée de leur répétition possible, l'idée de pression psychologique que d'exacte évaluation du dommage : ils se rattachent donc plutôt à l'idée de la jurisprudence sur l'exécution du contrat de concession qu'à celle de la jurisprudence sur les dommages résultant d'un travail public.

Ensuite et surtout, les dommages-intérêts alloués dans cette affaire ne sont nullement des dommages-intérêts moratoires, comme ils le sont dans la matière des travaux publics : il s'agit seulement de la condamnation de l'administration à une indemnité suffisante accordée de temps à autre pour un dommage permanent. — Ce faisant, le Conseil d'Etat n'adopte donc pas la solution des

(1) Conseil d'Etat, 3 juillet 1914, Odobez.

dommages-intérêts moratoires telle qu'elle avait fini par se dégager dans cette matière des travaux publics ; mais on se souvient qu'en cette matière elle avait été le premier jalon d'une évolution jurisprudentielle qui finit par la conduire au point qui a été indiqué. Mais si le Conseil d'Etat ne s'est pas avancé ici aussi loin que dans le cas particulier des dommages causés par des travaux publics, il reste que d'ores et déjà il a condamné l'administration à une indemnité en la menaçant en même temps de la condamner encore si, dans un certain délai, elle ne se conformait pas à sa décision. Par analogie, on peut donc se demander s'il n'y a pas ici l'amorce d'une évolution parallèle qui conduirait sur une plus grande échelle à des résultats également fructueux.

En somme, il n'y a jusqu'à maintenant que l'indication fragmentaire d'une jurisprudence possible. — Il faut souligner en terminant qu'il ne faut pas confondre cette indication avec la jurisprudence, très ferme et bien établie au contraire, dans laquelle le Conseil d'Etat juge du plein contentieux accorde une indemnité, par exemple un rappel de traitement, pour parer aux conséquences dommageables, irrémédiablement acquises, d'un acte qui a été annulé pour excès de pouvoir : c'est le cas général et classique du droit qui, au fur et à mesure que le temps s'écoule, vient doubler le statut : il s'agit là uniquement d'une exacte évaluation du préjudice causé. — L'hypothèse que nous avons à étudier est toute différente : il ne s'agit plus du tout d'un contentieux de l'indemnité pure et simple ; il ne s'agit pas non plus d'ailleurs d'une astreinte ; il s'agit, en prévoyant des condamnations successives jusqu'à ce que satisfaction ait été accordée au requérant, d'influer indirectement sur les décisions qu'il appartiendra à l'administration de prendre en toute indépendance.

III. En terminant, nous devons mentionner un curieux point de jurisprudence qui, à la lumière des principes que nous avons exposés, paraît être une anomalie. Dire

que le juge ne peut pas adresser d'injonction à l'administration active, c'est dire *a fortiori* qu'il ne peut pas se substituer à elle pour remplir l'obligation de faire dont il constate l'existence à sa charge. On peut donc voir dans les pouvoirs accordés au juge, la cascade suivante : droit de tirer les conséquences pécuniaires d'une situation intangible, droit d'adresser une injonction à l'administration, droit de se substituer à elle. Nous aurons à retracer une triple gradation analogue dans la matière du contentieux de l'annulation, et nous aurons à voir jusqu'où a accès le Conseil d'Etat. Ici, il est évident que, le principe de non-injonction étant établi, on ne peut qu'affirmer le principe de non-substitution : et c'est pourquoi, jusqu'ici, nous l'avons passé sous silence.

Malgré ces vues qui semblent évidentes, on rencontre l'arrêt suivant, rendu sur un recours dirigé contre un refus d'autorisation, en matière d'établissements dangereux, incommodes ou insalubres : « considérant que... la société requérante peut être autorisée à procéder à la création (des établissements projetés), sans qu'il en résulte d'inconvénients pour la salubrité et la commodité de l'habitation dans le voisinage ; que par suite elle est fondée à demander l'annulation de l'arrêté susvisé ; mais considérant que l'état de l'instruction ne permet pas de préciser dès à présent les conditions d'installation et d'exploitation qui devront être imposées à ladite Société : article 1 (arrêté annulé) ; article 2 : la Société est autorisée à exploiter (l'établissement), sous les conditions à fixer par le préfet... »

Nous verrons que, dans la matière du contentieux de l'annulation, le juge s'est aussi permis des hardiesses analogues. Mais en réalité, il ne s'agit pas d'une véritable substitution : ici au contraire, il serait bien difficile à l'analyse juridique la plus subtile, de n'en pas reconnaître une. D'autre part, la hardiesse du juge de l'annulation ne se rencontre que dans les rares matières où l'administration est liée par l'accomplissement des conditions de droit imposées par la loi : ici au con-

traire l'autorisation demandée était soumise à une très délicate appréciation de fait de la part de l'administration. D'un côté comme de l'autre, on peut donc dire que le Conseil d'Etat s'est avancé ici beaucoup plus loin que dans le contentieux de l'annulation.

Comment dès lors justifier cette anomalie ? Il semble que la meilleure explication soit de souligner qu'il s'agit là de pouvoirs de l'administration en matière industrielle : en cette matière les droits des particuliers doivent être protégés d'une façon tout particulièrement énergique. On peut d'ailleurs en rapprocher une indication que nous recueillerons plus loin : en cette même matière, les tribunaux civils n'hésitent pas à adresser de véritables injonctions à l'administration.

SECTION III

Le problème de l'injonction

en ce qui concerne le contentieux de l'annulation

Une idée générale a commandé historiquement, nous l'avons vu, le développement du recours pour excès de pouvoir, et sa séparation, longtemps absolue, d'avec le recours de plein contentieux ; le recours pour excès de pouvoir est le contentieux des décisions exécutoires, le recours de pleine juridiction est le contentieux de l'exécution. — Par suite de l'annulation opérée dans le premier cas, la situation semble théoriquement très nette : on se retrouve purement et simplement à l'état antérieur. Mais dans la pratique la situation est souvent beaucoup plus complexe : si le requérant obtient satisfaction par l'annulation de la décision administrative, l'affaire est terminée ; mais si cette décision a été suivie d'actes d'exécution et si des droits sont lésés, que va-t-il se passer ?

§ 1. — Des principes généraux
consacrés par le droit français

I. Tout d'abord, le grand principe est que le juge de l'annulation ne se prononce pas sur les actes d'exécution qui sont appelés et comme sous-entendus par l'annulation qu'il vient d'opérer : nous avons suffisamment indiqué ce point à diverses reprises : point n'est donc besoin d'y revenir (1).

II. Ensuite, ces mêmes actes d'exécution, le juge ne peut enjoindre à l'administration de les accomplir, pas plus que le juge du plein contentieux ne pouvait lui adresser d'injonction en mettant à sa charge une obligation de faire.

Quelques exemples feront mieux comprendre cette règle. Nous savons que les recours pour excès de pouvoir sont dirigés, soit contre des actes généraux et réglementaires, soit contre des actes individuels. — Pour ceux de la première catégorie, le Conseil d'Etat a proclamé l'impossibilité de prescrire la modification d'un règlement par l'insertion d'une disposition complémentaire. C'est ainsi que le Conseil d'Etat a répondu à une requête lui demandant d'interpréter un décret du 5 août 1908, sur la nomination des huissiers en Algérie, en décidant par adjonction à ce décret que le fait d'avoir obtenu certains diplômes permettrait désormais d'être nommé huissier ; le Conseil d'Etat a répondu en déclarant le recours irrecevable : « considérant que les modifications à un décret légalement pris ne peuvent être poursuivies par la voie contentieuse... » (2).

En ce qui concerne les recours pour excès de pouvoir dirigés contre des actes individuels, on trouve d'abord des exemples dans la matière des travaux publics : « sur les conclusions du requérant tendant à faire or-

(1) Conseil d'Etat, 28 juillet 1876, commune de Giry ; 29 juin 1883, archevêque de Sens.

(2) Conseil d'Etat, 12 janvier 1912, Lombard.

donner la destruction de travaux auxquels il aurait été procédé à la suite de l'arrêté (attaqué) : considérant qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat statuant au contentieux par application de la loi des 7-11 octobre 1790 et de l'article 9 de la loi du 24 mai 1872, de prescrire les mesures qui peuvent être la conséquence de l'annulation par lui prononcée... » (1).

La jurisprudence est la même — et elle est abondante — en matière de réintégration de fonctionnaires. « Sur la demande (des Frères des Ecoles Chrétiennes) en réintégration de leur école et de leur traitement », elle renvoie les requérants devant l'administration chargée de prendre les mesures que pourrait entraîner l'annulation opérée par le jugement : « considérant que c'est devant l'administration que doivent se retirer les parties à l'effet de faire ordonner les mesures que pourrait entraîner l'annulation... » (2). — Et rappelons l'arrêt Toutain, que nous avons déjà indiqué : « il n'appartient pas (au Conseil d'Etat) d'ordonner les mesures administratives propres à assurer sa réintégration effective. » (3).

Citons encore deux espèces intéressantes. — Dans l'une, sur les conclusions d'une commune tendant à faire décider que le département serait tenu de lui verser une certaine subvention, le Conseil d'Etat répond : « considérant que des conclusions de cette nature ne peuvent pas être jointes à un recours pour excès de pouvoir, que dès lors elles ne sont pas recevables.. » (4). — De même le Conseil d'Etat a reconnu qu'il ne pouvait pas ordonner le rétablissement d'un crédit supprimé (5).

III. En dernier lieu, si le juge de l'annulation ne peut enjoindre à l'administration d'accomplir les actes d'exécution qui sont nécessités par l'annulation qu'il

(1) Conseil d'Etat, 20 janvier 1883, de Bastard.

(2) Conseil d'Etat, 16 janvier 1874, Frères des Ecoles Chrétiennes.

(3) Conseil d'Etat, 9 juin 1899, Toutain. De même, 9 janvier 1914, Fisner.

(4) Conseil d'Etat, 27 janvier 1899, commune de Blanzac.

(5) Conseil d'Etat, 21 novembre 1902, commune de Daon.

vient d'opérer, à plus forte raison il ne peut y pourvoir lui-même en se substituant directement à l'administration.

Le cas s'est présenté d'une requête fondée sur le fait que la substitution d'une note à une autre, à un élève d'une école des Arts et Manufactures, l'avait privé du brevet d'ingénieur des écoles nationales d'Arts et Manufactures : « sur les conclusions tendant à ce que le Conseil d'Etat rétablisse la note..., et ordonne la délivrance au profit du requérant du brevet d'ingénieur : considérant qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat de pourvoir aux mesures d'exécution qui peuvent être la conséquence de sa décision d'annulation... ; ...article 2 : le sieur V. est renvoyé devant le ministre pour voir ordonner les mesures que comportera l'exécution de la présente décision ; article 3 (rejet du surplus des conclusions). » (1).

De même en matière de travaux publics : « considérant que le requérant n'est pas recevable à demander au Conseil d'Etat l'alignement et l'autorisation de bâtir conformément à l'alignement auquel il prétend avoir droit... » (2).

Les pouvoirs du Conseil d'Etat sont donc très strictement limités à une simple annulation. Encore devons-nous ajouter que cette idée n'a pas toujours été poussée aussi loin. — On sait que jusqu'en 1872 le Conseil d'Etat, statuant sous le régime de la justice retenue, était au sommet de la hiérarchie proprement administrative : le chef de l'Etat, statuant en son Conseil d'Etat sur les recours pour excès de pouvoir, apparaissait comme supérieur hiérarchique de toutes les autorités administratives. On s'explique donc qu'on puisse rencontrer des cas où la juridiction administrative, se considérant comme supérieur hiérarchique au nom du principe de la justice retenue, n'ait pas craint de s'immiscer exceptionnellement dans l'administration active par des déci-

(1) Conseil d'Etat, 9 mai 1913, Veillon.

(2) Conseil d'Etat, 4 décembre 1903, Blaise.

sions qu'en principe l'administration active aurait été seule compétente à prendre. « Considérant que le requérant s'est pourvu devant notre ministre de l'Intérieur contre un arrêté refusant une autorisation de reconstruire ; qu'il n'est intervenu aucune décision dans le délai de quatre mois ; que dès lors la dame C. peut considérer sa réclamation comme rejetée, et par suite qu'elle est recevable à se pourvoir devant nous en notre Conseil d'Etat... (suit un considérant sur la question de fond), article 1 : l'arrêté est annulé ; article 2 : la dame C. est autorisée à réparer le mur latéral dégradé de sa maison » (1). — En réalité, si cette jurisprudence s'explique par la notion de justice retenue, elle constituait malgré tout une anomalie, étant donné la conception que l'on avait, à l'époque, du recours pour excès de pouvoir. Aussi depuis 1872 cette solution n'a-t-elle plus jamais prévalu. Sans doute, lorsque les pouvoirs juridictionnels sont passés du chef de l'Etat au Conseil d'Etat, ce dernier, dans maintes occasions, a considéré d'une façon plus ou moins inconsciente qu'il avait hérité du pouvoir hiérarchique du chef de l'Etat sur toutes les administrations publiques : souvent l'exercice de son pouvoir juridictionnel rappelle le pouvoir de censure exercé par un supérieur hiérarchique. Malgré tout, le Conseil d'Etat a estimé qu'en l'espèce il commettrait un empiètement sur les privilèges administratifs, et il se contente maintenant d'opérer une simple annulation (2).

IV. D'une phrase, nous pouvons conclure que le Conseil d'Etat ne peut, sans commettre une usurpation de pouvoir dans l'état actuel du droit, ni prévoir, ni prescrire, ni prendre lui-même les mesures nécessaires pour que l'annulation d'un acte lésant un droit ne soit pas une vaine satisfaction, mais soit la condition et l'origine de justes réparations.

(1) Conseil d'Etat, 12 mai 1869, Clément.

(2) Conseil d'Etat, 4 août 1899, Lécaille.

Nous avons ainsi précisé les privilèges de l'administration active dans le contentieux de l'annulation. Mais est-ce là tout ? En réalité, il n'y a là qu'un des aspects du problème, et nous devons ajouter, ici encore : l'administration a le strict devoir juridique de s'incliner devant une décision d'annulation et de réparer le tort qu'elle a fait subir aux droits des requérants. Ce n'est pas une raison si, ainsi que nous le verrons, il n'y a pas de sanction directe à sa désobéissance. Elle doit s'imposer le respect du système juridique, dont la séparation des fonctions n'est qu'un des aspects, et où cette séparation n'a été introduite que pour assurer aux agents publics la latitude de leurs mouvements, non pour leur permettre la désobéissance. Autrement dit, l'administration active doit se considérer comme juridiquement liée par le jugement que rend contre elle le corps juridictionnel chargé de la maintenir dans sa soumission à un droit qui la dépasse.

Il faut ajouter que dans certains cas la jurisprudence octroie à l'administration une véritable prime à l'obéissance. Nous avons déjà eu en effet l'occasion d'étudier l'hypothèse des permissions de voirie. En principe, la jurisprudence n'admet le retrait de ces permissions que dans l'intérêt de la conservation ou de l'utilisation normale du domaine. Or nous avons vu que par exception elle admet aujourd'hui un autre cas de retrait légal : l'incompatibilité avec une situation de droit (1). L'hypothèse la plus curieuse en ce sens, c'est le retrait d'une permission dont le maintien aurait mis en jeu la responsabilité de la collectivité administrative : il ne s'agit nullement de la recherche directe d'un intérêt pécuniaire, ce qui serait illégal au premier chef : il s'agit de mettre fin à une situation irrégulière, qui, comme tout acte irrégulier, n'a donné naissance à aucune règle de droit, et qui aurait eu des conséquences pécuniaires. — D'autre part l'hypothèse la plus intéressante à

(1) Conseil d'Etat, 27 septembre 1901, Pécard ; 6 juin 1902, commune de Bar-le-Duc.

notre point de vue, c'est le retrait pour se conformer à la chose jugée : ici encore il faut dire que la permission n'ayant pas été accordée légalement, elle n'a créé aucune règle de droit : il est donc parfaitement logique que son retrait soit légal. Donc encore, il est parfaitement exact de dire qu'il y a là, de la part du Conseil d'Etat, une véritable prime à l'obéissance.

Nous avons à rechercher maintenant les progrès que la jurisprudence a pu accomplir, tout en demeurant dans les limites fixées par les principes que nous venons d'établir. Son effort pouvait se porter dans trois directions différentes, puisque ces principes se résument en trois propositions essentielles.

A vrai dire, aucun progrès n'était possible dans la limite du premier principe : l'impossibilité pour le Conseil d'Etat de se prononcer sur les conséquences de l'annulation qu'il opère. On ne peut que rejeter ou que reconnaître ce principe, sans pouvoir adopter de moyen terme possible. — C'est à la première de ces solutions, hardie et novatrice, que le Conseil d'Etat s'est rangé, dans quelques espèces particulièrement favorables. Sans doute, en principe, il continue d'appliquer la règle ; mais se départissant de la rigidité de sa jurisprudence, il ne l'observe plus toujours d'une façon absolue. Devant la nécessité d'assurer une justice bonne et rapide, il ne s'est plus, dans quelques espèces, refusé à admettre la liaison d'un recours en annulation et d'un recours de pleine juridiction : c'est l'hypothèse classique du fonctionnaire révoqué qui introduit un recours en annulation contre sa révocation et y joint une demande à fins d'allocation pécuniaire. Sans doute, il n'y a peut-être là, tout au moins à l'origine de l'évolution, qu'un simple changement de procédure : il se pourrait cependant, si cette jurisprudence s'affermissait, qu'elle soit une des plus curieuses manifestations de la tendance des deux grands contentieux à se rapprocher et à s'intégrer.

§ 2. — **Des progrès obtenus par la jurisprudence
dans la limite des principes**

I. Que pouvait faire le Conseil d'Etat dans la limite du second principe : l'impossibilité d'adresser des ordres à l'administration active ? — Le Conseil d'Etat s'est refusé à rejeter délibérément ce principe : il continue de s'interdire d'adresser des ordres à l'administration active en lui imposant des obligations de faire. Mais d'autre part, depuis une vingtaine d'années, il a craint de voir, dans certains cas, ses annulations rester purement platoniques. Il a alors cherché à marquer toujours plus nettement que les constatations de droit qu'il fait en annulant comportent des conséquences de droit : et, dans cette intention, il s'est efforcé d'insister simplement sur le devoir juridique que ces décisions créent à la charge de l'administration. Nous avons donc à suivre pas à pas dans cette voie le développement de la jurisprudence.

Le premier pas fut le suivant : saisi d'un recours de pleine juridiction contre un acte d'exécution, postérieurement à l'annulation d'une décision, le Conseil d'Etat en a profité pour souligner son point de vue : il marqua bien qu'en annulant, il avait déclaré le droit, et que, ce faisant, il avait considéré l'administration comme désormais liée par cette constatation. — Un officier ayant subi une peine disciplinaire, et par la suite ayant été rétabli dans son grade en application d'un arrêt d'annulation, mais n'y ayant été rétabli qu'avec un rang trop tardif, le Conseil d'Etat, juge de plein contentieux, décida : « considérant que... cet officier doit être regardé comme n'ayant jamais cessé de faire partie du cadre..., qu'il suit de là que c'est à tort... » (1).

Puis dans un nouveau progrès, le Conseil d'Etat insista d'une façon encore plus pressante en parlant, dans

(1) Conseil d'Etat, 30 novembre 1900, Viaud (dit Loti).

un considérant de sa décision d'annulation, des conséquences qu'entraîne de droit cette annulation : ce qui constitue un progrès très important, puisque ces conséquences sont maintenant expressément indiquées dans les motifs mêmes de la décision. — « Sur les conclusions tendant au rétablissement du requérant sur le contrôle de l'armée : considérant que le rétablissement demandé est la conséquence de droit de l'annulation qui va être prononcée... » (1).

Bientôt le jour vint où le juge administratif, prenant une position encore plus nette, n'hésita plus à inviter l'administration, dans le dispositif même de son arrêt d'annulation (et non plus seulement dans ses motifs), à donner satisfaction au requérant, en se conformant aux conséquences de droit de l'annulation prononcée. C'est bien ainsi, en effet, qu'il faut interpréter certaines décisions où, saisi d'un recours pour violation de la loi contre un refus de l'administration, et forcé par conséquent d'examiner si le requérant était dans la situation de fait exigée par la loi, le Conseil d'Etat, en annulant la décision de refus, a indiqué en même temps dans le dispositif même pour quelles raisons il s'était décidé à l'annulation ; ce faisant, il déclarait implicitement à l'administration que les conditions exigées par la loi étaient remplies et qu'elle ne pouvait que s'incliner. — « Est annulée la décision susvisée par laquelle le ministre de la guerre a refusé... le bénéfice des dispositions du décret de 1901 à l'application duquel le requérant avait droit. » (2). De même: « la décision est annulée en tant qu'elle a méconnu le droit... d'être nommé à la première classe de son grade, pour prendre rang à compter du 1^{er} juillet 1904. » (3).

Finalement la jurisprudence, persévérant dans cette voie et cherchant à assurer son autorité sans employer de formule trop audacieuse, a adopté une formule

(1) Conseil d'Etat, 19 juin 1903, Ledochowski.

(2) Conseil d'Etat, 20 janvier 1905, d'Uston de Villéréglan.

(3) Conseil d'Etat, 7 janvier 1905, Warnier.

dans laquelle, après avoir annulé, elle renvoie le requérant devant l'administration compétente, afin qu'il soit statué à nouveau sur sa demande. Par ce procédé, elle ne se contente plus de rappeler à l'administration que les constatations de droit comportent des conséquences de droit, elle lui renvoie le requérant pour qu'il soit donné suite à sa demande.

Cette disposition a été inaugurée dans un arrêt annulant, pour fausse application de la loi, le refus d'un préfet d'accorder une dérogation aux prescriptions de la loi du 13 juillet 1906 sur le repos hebdomadaire. « Article 1 : (arrêté annulé) ; article 2 : le sieur D. est renvoyé devant le préfet pour délivrance de l'autorisation à laquelle il a droit. » (1). — Cette disposition est devenue courante, au point de ne plus paraître qu'une clause de style dans les très nombreux arrêts sur la matière.

Ce renvoi « pour faire ce que de droit » est un détour ingénieux emprunté à une procédure de renvoi déjà ancienne dont nous avons déjà eu l'occasion de parler : lorsque le Conseil d'Etat annule le refus de l'administration de payer une indemnité, et reconnaît ainsi le principe du droit à indemnité, et s'il n'arbitre pas lui-même le montant de la réparation due, il renvoie le requérant devant l'administration : dès lors la décision de cette dernière, ou le silence prolongé observé par elle, pourront donner lieu à un second recours, celui-ci de pleine juridiction. C'est ce qu'on a appelé la « procédure de renvoi pour continuation de la même affaire ».

On a pu se demander si, dans cette pratique du renvoi pour faire ce que de droit, il n'y avait pas en réalité une véritable injonction adressée à l'administration, si donc le Conseil d'Etat n'excède pas ainsi les pouvoirs qui lui sont confiés, puisque, dans l'état actuel du droit, il juge mais n'agit pas.

(1) Conseil d'Etat, 30 novembre 1906, Denis et Rage-Roblot.

Il est certain que telle n'a pas été l'intention du Conseil d'Etat, et que ce serait véritablement dénaturer le sens de ses décisions. D'une part, en effet, une injonction, comme nous avons déjà eu l'occasion de le faire remarquer, sous-entend, pour constituer un ordre sérieux, une sanction en cas de désobéissance. Or ici, pas plus qu'ailleurs, il n'y a de sanction directe : ceci étant d'ailleurs un point que nous étudierons à loisir. Puisqu'il n'y a pas de sanction péremptoire, il n'y a donc pas injonction. — Il faut ajouter que, puisque le Conseil d'Etat ne fait que proclamer le droit, que c'est toujours l'administration qui fait l'acte, qu'elle n'y est pas contrainte, le principe de la séparation des autorités est respecté : nulle part, on ne voit un ordre réel s'intercaler.

Précisons cet argument. Dans la pratique du renvoi, le Conseil d'Etat ne saisit pas le ministre en vertu d'un pouvoir propre ; son arrêt n'est pas le premier acte d'une procédure entièrement nouvelle. En réalité, il n'y a qu'un incident dans le fonctionnement d'un mécanisme déjà existant : l'administration dont la décision a été annulée se trouve saisie à nouveau de l'affaire, qui ne fait que suivre son cours : et ainsi le Conseil d'Etat ne s'arroge pas de pouvoirs nouveaux. Ceci est d'autant plus vrai si on le rapproche d'un point que nous avons déjà signalé : historiquement le recours pour excès de pouvoir a été longtemps, et reste encore à certains égards, une sorte de recours hiérarchique. — Quelle est alors en définitive la situation ? la procédure qui a abouti à l'annulation d'une décision administrative n'est qu'une procédure incidente ; elle reprend la question au moment qui a immédiatement précédé la décision attaquée ; et l'annulation étant opérée, elle rend en quelque sorte un dossier tout préparé à l'administration, dont la conduite est dès lors indirectement, mais étroitement dictée. Autrement dit, si l'on considère rétrospectivement une certaine période de temps, une décision entièrement nouvelle vient prendre la pla-

ce exacte d'une autre décision, qui est annulée ; aucun ordre nouveau n'est venu se surajouter à une série déjà existante d'actes ou de décisions. La procédure d'annulation est comme un cycle fermé : elle se greffe sur la procédure principale et s'y intègre, ou même, si le point de départ des deux procédures est le même dans le temps, elle se substitue à elle. Dès lors, le renvoi pour faire ce que de droit ne fait que répondre à la réalité juridique la plus profonde : elle est la réalisation d'une analyse très fouillée : l'analyse de la procédure de renvoi pour reprise et continuation de la même affaire.

Mais on pourrait alors se demander si, dans ces conditions, le Conseil d'Etat ne dicte pas sa solution à l'administration, et si pratiquement cela n'équivaut pas à une injonction. — Au contraire (et c'est là un argument de portée très générale que nous pouvons ajouter aux précédents), si l'on analyse minutieusement la formule en en pesant tous les termes, on voit que la formule est simplement déclarative du droit du requérant ; en la renvoyant devant l'autorité compétente, par cela même le Conseil d'Etat avertit celle-ci qu'elle doit s'incliner, si elle veut rester dans le régime du droit et respecter l'autorité de la chose jugée. Par conséquent, le Conseil d'Etat ne fait somme toute que montrer clairement à l'administration où est son devoir juridique. Il n'adresse de mise en demeure qu'à sa conscience ; il n'y a pas injonction d'un pouvoir étranger, il y a simplement appel à la moralité administrative. La formule classique est que le Conseil d'Etat « maintient l'administration dans le respect du droit » : aussi, lorsqu'il renvoie la suite de l'affaire aux agents publics qualifiés pour en connaître, cette affirmation et cet avertissement solennels sont conformes à l'esprit et au but même de la justice administrative.

En suivant le développement de la jurisprudence, nous avons découvert la pratique du renvoi à l'administration dans l'hypothèse de refus d'autorisation (lorsque

ce refus n'est pas discrétionnaire, mais est soumis à des règles de fond). En réalité, il n'y avait là qu'un simple début, dans des circonstances particulièrement favorables, et nous allons voir maintenant la jurisprudence se développer de façon toujours plus hardie et plus extensive.

Tout d'abord la pratique du renvoi s'est généralisée dans les hypothèses de violation simultanée de la loi et des droits acquis : c'était là une extension toute naturelle et logique. — Ainsi : « article 1 : (décret annulé) ; article 2 : la dame D. est renvoyée devant le ministre de la guerre, pour être procédé à une nouvelle liquidation. » (1). De même : « article 1 : (arrêté annulé) ; article 2 : le sieur de B. est renvoyé devant le préfet de police pour que soit prise telle mesure que comporte l'exécution de la présente décision. » (2).

Un progrès autrement important restait à faire : jusqu'ici, en effet, nous n'avons vu adopter la procédure du renvoi que dans les cas où il y a violation de droits subjectifs. — Mais nous savons que la quatrième ouverture du recours pour excès de pouvoir, qui était restée longtemps un peu hybride par rapport aux autres ouvertures, s'est peu à peu simplifiée, et qu'aujourd'hui il suffit au requérant d'arguer d'une violation de la loi sans avoir à invoquer en outre une violation de ses droits acquis : cette deuxième condition est aujourd'hui éliminée. — Dès lors, cette interprétation extensive du recours en annulation pour violation de la loi a permis au Conseil d'Etat d'employer la pratique du renvoi dans les hypothèses où le requérant n'est plus atteint dans ses droits, mais lésé dans ses intérêts.

Il s'est tout d'abord présenté des hypothèses où le Conseil d'Etat a craint qu'une simple annulation ne donne pas à la partie gagnante de garanties suffisantes. — Dans une espèce classique, il s'agissait de l'annulation

(1) Conseil d'Etat, 28 décembre 1906, veuve Durand.

(2) Conseil d'Etat, 2 juillet 1915, de Beauvais.

du décret attribuant les biens d'une fabrique à une association cultuelle : cette association avait fait appel à un prêtre qui ne reconnaissait pas la hiérarchie ecclésiastique, et qui s'était maintenu, malgré la désignation d'un autre prêtre par l'évêque. Le commissaire du gouvernement fit remarquer que si on annulait simplement, on pouvait craindre que l'association, dont le maire était président, n'essayât d'obtenir la jouissance des Eglises dans les conditions de l'article 5 de la loi de 1907. Sans doute, il y aurait eu là faute personnelle, entraînant une demande possible en dommages-intérêts, et il aurait pu y avoir annulation des actes intervenus ; mais la procédure aurait été longue, et, pendant ce temps, les fidèles n'auraient pas eu la disposition des édifices. Aussi, sur les conclusions du commissaire du gouvernement, la décision renvoie les requérants « devant le ministre de l'Intérieur pour voir ordonner les mesures que comporte l'exécution de la présente décision ».

Aujourd'hui, et de plus en plus, cette jurisprudence s'est généralisée, si bien que dans bien des cas il y a identité de dispositif dans le contentieux de l'annulation et dans le contentieux de la pleine juridiction. Dans le premier, le Conseil d'Etat renvoie le requérant devant l'autorité compétente pour qu'il lui soit fait droit ; dans le second, nous avons dit qu'il arrive fréquemment que le juge se borne à trancher le principe du litige et renvoie la partie devant l'administration.

Dans ces derniers temps, le Conseil d'Etat a eu à juger des espèces, très curieuses, où il s'est inspiré beaucoup plus des idées de moralité que de légalité administratives. — Sur ce point, quelques explications préliminaires sont indispensables. Dans la quatrième ouverture du recours en annulation, la violation de la loi, il faut ranger : la violation proprement dite de la loi et des règlements, la violation de la chose jugée, la violation de droits nés de contrats (exceptionnellement), la violation de droits nés de décisions antérieures (violation par retrait), enfin la violation des droits individuels

et des facultés reconnus aux citoyens par le droit public général. — Dans ces derniers droits, qui non seulement ne sont pas inscrits dans la constitution ou la loi, mais auxquels la législation ne fait souvent même aucune allusion, il faut ranger par exemple le droit de propriété, la liberté du commerce et de l'industrie, enfin et surtout le droit aux prestations administratives et d'une façon générale aux services publics.

C'est cette dernière catégorie qui nous intéresse ici. En effet, dire que l'administré ou le fonctionnaire a droit au fonctionnement du service public, c'est dire tout d'abord qu'il a droit au fonctionnement proprement dit, à la marche effective du service ; c'est dire ensuite qu'il a droit à son fonctionnement légal ; c'est dire enfin qu'il a droit à son fonctionnement convenable. Comme on l'a écrit, tout ce qui dépasse la pure et simple opportunité est une règle de droit ; la règle de droit ne consiste donc pas uniquement dans la légalité pure, elle comprend aussi les convenances administratives. Que l'administration viole cette règle dans le premier cas, ou qu'elle la côtoie dans le second, elle s'expose à la censure de son juge, parce qu'elle n'a pas le droit de se tromper : elle se trompe en commettant une illégalité, elle se trompe encore en ne se conformant pas à son devoir juridique de bonne administration. — Cette affirmation du droit au fonctionnement convenable est peut-être le plus hardi, le plus prétorien des progrès de la jurisprudence : c'est l'application la plus saisissante de l'idée d'après laquelle l'excès de pouvoir a un côté moral autant que légal. — Et d'autre part, elle entraîne une grave modification dans la physionomie du recours pour excès de pouvoir : c'est qu'en effet, comme il y a carence de texte, le juge va se livrer à une recherche dirigée par sa seule conscience ; il ne peut donc qu'opérer une véritable appréciation subjective, comme le ferait le juge de plein contentieux : et cette appréciation est doublement subjective, puisqu'elle porte sur de simples convenances. En un mot, le juge de l'excès de pou-

voir exerce un pouvoir d'appréciation du fond même du droit : ici encore, il tend à se rapprocher singulièrement du juge de pleine juridiction.

Ces explications vont permettre de comprendre immédiatement la portée de certaines décisions du Conseil d'Etat : ce dernier, constatant une infraction à la moralité administrative, y annule la décision incriminée, puis renvoie le requérant devant l'administration pour voir donner à l'affaire la suite qu'elle comporte : la procédure de renvoi vient donc doubler l'annulation dans des conditions particulièrement hardies. — Ainsi, un retard à l'avancement fut attaqué par le fonctionnaire frappé, parce que les motifs invoqués étaient entachés d'erreur : or on avait mis dix ans à découvrir cette erreur. Dans ces conditions, le Conseil d'Etat, appréciant souverainement la situation, annula la mesure disciplinaire, et renvoya le requérant devant le ministre pour voir opérer la réparation intégrale du dommage, y compris l'avancement au choix (1). — Dans une affaire analogue, il s'agissait d'un recours formé (en vertu de la jurisprudence Lafage) contre une décision refusant une indemnité à un fonctionnaire, motif pris de ce que ce fonctionnaire avait été frappé d'un retard à l'avancement : il y eut également annulation, et renvoi devant le ministre pour rétablir la situation (2).

La même affirmation du devoir de moralité extralégale, combinée d'ailleurs avec la théorie de l'inexistence matérielle des faits invoqués, se retrouve dans une affaire de mise en congé d'un préfet. L'instruction révéla que cette mesure était une mesure purement gouvernementale, totalement indépendante de la volonté de l'intéressé. Mais comme il y eut une protestation véhémement du conseil général, qui menaça de démissionner, le ministre trouva commode de dire que le préfet était mis en congé « sur sa demande ». — On sait que la position des préfets est à la discrétion du

(1) Conseil d'Etat, 22 avril 1921, Guillon.

(2) Conseil d'Etat, 17 juin 1921, Robert.

ministre de l'Intérieur ; il n'en reste pas moins que ce ministre, avec un mépris désinvolte, avait émis des déclarations mensongères, violant ainsi la plus élémentaire moralité administrative ; ce faisant, il fondait son décret sur une allégation matériellement inexacte, et lui donnait ainsi une cause juridique inexistante ; il y avait donc excès de pouvoir en tant que le décret mentionnait la mise en congé « sur la demande » du préfet. — Ces mots donnant une physionomie inexacte de la mesure le frappant, le préfet demanda au Conseil d'Etat l'annulation du motif émettant cette allégation. Mais le Conseil d'Etat, outré par l'attitude du ministre, préféra, pour se conformer à la moralité administrative, commettre ce qui était peut-être un *ultra petita*, et annula le décret lui-même. Il faut bien noter qu'il n'y avait là qu'une pure censure doctrinale : le Conseil d'Etat ne pouvait que renvoyer le requérant devant l'administration, qui n'avait nullement l'obligation de réintégrer l'intéressé ; tout au plus celui-ci avait-il droit rétroactivement à son traitement jusqu'au jour du règlement légal de sa situation officielle. Le dispositif porta donc : « article 1 (décret annulé) ; article 2 : le sieur T. est renvoyé devant le ministre de l'Intérieur pour être statué à son égard ce qu'il appartiendra. » (1).

Il faut citer enfin, à propos de la théorie des convenances administratives, une décision inspirée d'un esprit analogue, quoique dans un ordre d'idées tout différent : il s'agit du recours formé par le destinataire d'un télégramme, ce télégramme n'étant jamais arrivé, contre la décision du ministre des postes refusant de lui désigner, à fins de poursuites judiciaires, le nom de l'agent fautif, et accusé par le requérant de collusion : « considérant qu'un acte de cette nature, s'il était établi, constituerait une faute personnelle se détachant de l'exercice normal des fonctions de son auteur, et serait de nature à donner lieu à une action contre l'agent

(1) Conseil d'Etat, 20 janvier 1922, Trépont.

devant les tribunaux judiciaires ; que dans ces circonstances le ministre qui a décliné la responsabilité de l'Etat en vertu des dispositions de la loi du 20 novembre 1850, n'était pas fondé à soutenir que la punition disciplinaire infligée par l'administration était la seule sanction possible, et à refuser pour ce motif de faire connaître son nom à l'intéressé... » En l'absence de tout texte, les principes généraux du droit public, combinés à l'idée de moralité administrative, font du refus du ministre une violation de la règle de droit, ou si l'on veut une violation de la loi. En conséquence, le requérant est renvoyé devant le ministre pour que soient prises les mesures que comporte l'exécution de la décision (1).

Nous en aurions fini avec la procédure du renvoi pour faire ce que de droit si nous ne devions y ajouter une précision d'un intérêt rétrospectif, dont l'importance pratique est donc aujourd'hui nulle, mais dont la portée théorique reste considérable.

Jusqu'ici, nous n'avons vu le Conseil d'Etat n'employer la procédure de renvoi à l'administration compétente que dans le cas où il annulait au préalable la décision de cette administration ; or il a été conduit à admettre cette procédure même sans se reconnaître le droit de prononcer une annulation.

Le cas se présenta, en effet, d'une espèce où le Conseil d'Etat crut devoir refuser d'annuler l'acte qui lui était déféré : il s'agissait des recours dirigés contre les refus de l'autorité supérieure d'inscrire d'office une somme au budget d'une collectivité inférieure. — Dans une jurisprudence constante, qu'il ne se décida à abandonner que fort tard, le Conseil d'Etat rejetait ces recours comme irrecevables, parce qu'il y voyait la violation du principe d'indépendance des agents actifs. Le raisonnement qu'il faisait était le suivant : admettre la

(1) Conseil d'Etat, 28 juillet 1922, Le Gloahec.

solution contraire serait tolérer un empiètement brutal du juge sur les attributions de l'administration, puisqu'on reconnaîtrait implicitement au juge le droit de lui donner des ordres : or l'administration supérieure doit seule avoir la liberté d'appréciation vis-à-vis des ressources des communes et des départements, de leurs besoins, et des charges que les contribuables peuvent équitablement supporter ; sinon il y aurait véritable injonction, l'administration passerait au juge irresponsable, et le but poursuivi serait tourné et manqué. — En définitive, pendant très longtemps, le Conseil d'Etat décida que le refus d'inscription d'office ne constituait jamais un excès de pouvoir susceptible d'un recours juridictionnel : « considérant qu'en refusant le droit qui lui est conféré, l'administration supérieure accomplit dans la limite de ses pouvoirs un acte qui n'est pas susceptible d'être déféré au Conseil d'Etat... » (1). — Par analogie, la jurisprudence admet que le retrait d'une inscription d'office n'ouvrait, lui non plus, aucun recours : un préfet ayant rapporté un arrêté d'inscription d'office sur l'invitation du ministre de l'Intérieur, le Conseil d'Etat répondit : « considérant que, si l'article 39 de la loi du 18 juillet 1837 donne droit d'inscription pour les dépenses obligatoires,... le refus de l'administration ne saurait donner ouverture à un recours contentieux au profit de ceux qui se prétendraient créanciers des communes ; que dès lors le retrait n'est pas de nature à être déféré au Conseil d'Etat pour excès de pouvoir... » (2).

Or voici comment se produisit, dans la limite de ces principes, l'évolution qui nous intéresse ici. Dans l'espèce où elle devait être inaugurée, le Conseil d'Etat fut conduit à relever soigneusement les circonstances de fait de l'affaire, et il acquit la conviction que le requérant avait un droit, quoiqu'il ne pût pas le faire sanctionner juridictionnellement. Désirant dès lors marquer que l'administration aurait dû accueillir sa demande, il

(1) Conseil d'Etat, 15 janvier 1875, de Larralde.

(2) Conseil d'Etat, 4 août 1876, ville de Besançon.

voulut essayer de lui faire obtenir satisfaction. Et pour cela, quoiqu'il dût se refuser à annuler, il renvoya le requérant au supérieur de l'administration qui avait refusé à tort, pour que ce supérieur statuât hiérarchiquement et fît enfin droit à sa demande. « Article 1 : le sieur D. est renvoyé devant le ministre de l'Intérieur pour y être statué par la voie administrative sur la suite que sa demande comporte ; article 2 : le surplus des conclusions de la requête est rejeté. » (1).

Il faut remarquer que, ce faisant, le Conseil d'Etat ne se reconnaissait pas de pouvoirs nouveaux en vertu desquels il se serait permis d'ouvrir une procédure : il ne faisait au contraire que renvoyer à l'administration pour continuation de la même affaire. Nous ne pouvons que refaire le raisonnement que nous avons déjà eu l'occasion de développer ; le recours contentieux n'étant qu'un incident de procédure, si le ministre, saisi par le renvoi qu'opère le Conseil d'Etat, annule la décision du préfet, la situation sera la même que s'il y avait eu, dès le début, recours hiérarchique : et ainsi le Conseil d'Etat ne fait que faire profiter le requérant de ce mécanisme du recours hiérarchique.

Sans doute, dans cette jurisprudence, il n'y a qu'une continuation de la même affaire. — Cependant, si l'on y songe, elle avait une portée très grave. Jusque là, en effet, le renvoi était une solution positive du recours en annulation, mais une solution qui se surajoutait à l'annulation. Ici, au contraire, le recours aboutissait, non plus à une annulation, mais à un renvoi à l'administration à fins d'annulation.

Cette jurisprudence avait donc — et conserve rétrospectivement — une très grosse importance, parce qu'en se généralisant elle pouvait ouvrir un avenir presque illimité à la pratique du renvoi pour faire ce que de droit. — Mais nous devons ajouter maintenant que c'est une jurisprudence qui a vécu. En effet, elle consistait

(1) Conseil d'Etat, 28 juillet 1908, Daraux.

en une simple mise au point, par rapport aux nécessités de la pratique, d'un principe qui continuait à être respecté : elle se faisait dans les cadres du principe de l'inattaquabilité des refus d'inscription d'office. Or c'est aujourd'hui ce principe lui-même qui est retourné et renversé. — On s'est aperçu de la fausseté de l'argument qui voyait dans la garantie juridictionnelle un empiètement sur l'autorité active. Le Conseil d'Etat est juge de la règle de droit, non de l'opportunité d'une mesure : or le refus d'inscription d'office ne répond pas seulement à une question de simple opportunité, il constitue une erreur de droit, et est donc passible de la censure du Conseil d'Etat. — C'est ce qui explique que depuis 1910 le revirement est complet, et le recours franchement admis (1). La portée de ce revirement est d'ailleurs considérable, parce qu'il se rattache à ce que nous avons dit du droit aux prestations administratives et d'une manière générale aux services publics : la nouvelle jurisprudence consacre le droit de l'administré d'exiger indirectement le fonctionnement du service ; et en même temps, elle consacre directement, au premier chef, le droit à l'exécution du service de tutelle.

La pratique du renvoi sans annulation préalable n'a donc plus, à l'heure actuelle, d'application pratique. Elle reste cependant comme un précédent curieux, et est toute prête à resservir en s'adaptant à de nouvelles hypothèses.

Rassemblons maintenant les éléments principaux de notre étude sur le renvoi pour faire ce que de droit. Le Conseil d'Etat s'est trouvé à l'étroit dans les seuls pouvoirs d'annulation que lui donnait le contentieux de l'excès de pouvoir. Aussi, soucieux de ne pas énoncer seulement des protestations qui pouvaient risquer de rester doctrinales, mais encore de rendre des décisions d'un intérêt immédiat plus solide, et désireux d'éviter aux

(1) Conseil d'Etat, 24 juin 1910, Pille.

intéressés d'attendre que l'administration se décidât à obéir, le juge s'est attaché à dégager les conséquences de droit positives que comporte l'annulation, et il a cherché, en introduisant une nouvelle formule dans sa sentence, un moyen de contrôle plus efficace vis-à-vis de l'administration active. Ce faisant, il respecte le principe de la séparation des autorités ; il n'adopte la nouvelle formule que pour bien préciser le droit du requérant et l'obligation de l'administration ; ce droit et cette obligation étaient déjà implicitement contenus dans une simple annulation pour violation de la loi : mais par cette proclamation plus manifeste du droit, le juge garantit préventivement les requérants contre la mauvaise volonté possible de l'administration.

Il peut sembler que ce ne soit là à l'origine qu'une forme de procédure, ou, comme on l'a dit, qu'une mesure d'ordre, mais c'est cette simple formule qui permettra peut-être au juge de faire subir à sa jurisprudence une très féconde évolution. Sans doute aussi, ce n'est évidemment pas cette formule qui permettra du jour au lendemain d'assurer le respect de la chose jugée ; mais une fois admise dans la pratique sans protestation, comme une clause courante et presque inoffensive, elle pourra devenir l'une des bases juridiques de nouvelles tendances jurisprudentielles, qui s'efforceront, cette fois, d'assurer directement l'autorité de la chose jugée : et ainsi nous sommes nécessairement amenés au problème de la sanction.

II. Cependant, avant d'aborder cette étude, nous devons encore examiner un dernier point, d'ordre plus secondaire. Nous venons en effet de rechercher en détail ce que la jurisprudence a pu faire dans la limite du principe de l'impossibilité où se trouve le Conseil d'Etat d'adresser une injonction à l'administration active ; nous avons dit que la jurisprudence avait abouti à une réforme de portée générale, qui pourrait même devenir une réforme d'ensemble : la pratique du renvoi

pour faire ce que de droit. Il nous reste donc maintenant à rechercher quelle a pu être l'œuvre du Conseil d'Etat vis-à-vis du troisième principe que nous avons indiqué en son temps : l'impossibilité pour le juge de se substituer à l'administration active pour accomplir les actes d'exécution nécessités par l'annulation qu'il vient d'opérer.

Ici, nous nous trouvons en présence d'une jurisprudence assez contradictoire. Tout à l'heure, nous avons vu le Conseil d'Etat s'astreindre à respecter les limites du second principe : sans doute il a introduit une réforme qui présente une importance de plus en plus générale, mais il a moulé cette réforme dans les cadres du principe. — Or ici nous sommes en présence d'un principe dont le respect, en bonne logique, s'impose du simple fait que son énoncé est né du principe précédent, que l'on continue précisément de respecter : il en est, si l'on peut dire, la conséquence par argumentation *a fortiori* : dès lors il serait contradictoire que lui seul fût rejeté par la jurisprudence. D'un autre côté — et c'est là qu'est l'apparence de contradiction —, nous allons rencontrer une réforme de portée limitée, mais presque radicale ; tout à l'heure la pratique du renvoi avait une portée générale, ici, au contraire, la réforme n'a été introduite que dans des cas exceptionnels. Mais inversement cette réforme est beaucoup plus hardie et audacieuse que celle du renvoi.

Il se présente en effet des espèces où certains individus demandent des autorisations à l'administration active, et où celle-ci n'a aucun pouvoir d'appréciation de fait et a simplement à s'assurer que les conditions de droit imposées par la loi sont remplies : c'est le cas, par exemple, de l'approbation due par l'administration aux statuts des sociétés de secours mutuels, dans les conditions de la loi de 1898. L'administration n'a qu'à se prononcer sur un document tout prêt, que lui soumet l'intéressé.

Mais que faire alors si elle refuse son approbation,

bien que les conditions exigées par la loi soient remplies, et que dès lors l'approbation soit obligatoire ? — C'est ici que nous découvrons l'innovation de la jurisprudence : le Conseil d'Etat, saisi d'un recours contre ce refus, constate que l'approbation aurait dû être donnée, et déclare en conséquence que l'acte doit être approuvé de droit. C'est seulement en 1909 que cette disposition a été inaugurée, précisément dans la matière des sociétés de secours mutuels : avant cette date, la jurisprudence, de façon constante, se contentait d'annuler l'arrêté refusant l'approbation (1). En 1909 au contraire la décision porte : « article 1 (arrêté annulé) ; article 2 : les modifications apportées aux statuts de la société doivent être approuvées de droit, comme n'ayant rien de contraire à la loi de 1898. » Depuis, les arrêts en ce sens se sont multipliés, et l'on peut dire que cette disposition est devenue de style (2).

On s'est demandé s'il n'y avait pas là une substitution pure et simple du juge à l'administration active, si donc il n'y avait pas une méconnaissance totale du principe de non-substitution. Une pareille conclusion ne serait pas exacte : en constatant que l'acte doit être approuvé de droit, le Conseil d'Etat ne donne pas lui-même l'approbation ; l'administration étant chargée d'appliquer purement et simplement la disposition de la loi, et sa décision de refus étant annulée, on a pu dire que c'était fictivement la loi qui donnait l'approbation demandée.

D'autre part, il faut bien souligner que cette disposition de la jurisprudence n'a pu être inaugurée que dans des circonstances exceptionnelles : nous avons dit en effet qu'elle a été introduite dans les espèces où l'administration a seulement à s'assurer de l'accomplissement des conditions de droit imposées par la loi, sans

(1) Conseil d'Etat, 5 février 1909, Société de Saint-Vincent-de-Paul.

(2) Conseil d'Etat, 9 juillet 1909, Société de secours mutuels La Blinoise (premier arrêt) ; 7 août 1909, Société de secours mutuels du Sacré-Cœur ; 19 novembre 1909, Société de secours mutuels de Notre-Dame de Mazières ; 3 février 1911, Hillerin ; 11 novembre 1911, La Fraternelle Levalloise.

avoir aucun pouvoir d'apprécier le fait. Le Conseil d'Etat ne pourrait donc pas introduire la même formule dans son dispositif s'il était obligé de suppléer au document soumis à l'administration, et si l'administration conservait un certain pouvoir d'appréciation. C'est l'hypothèse, par exemple, d'une demande d'alignement individuel, d'un barrage individuel, ou de dérogation à la loi sur le repos hebdomadaire ; pour prendre ce dernier exemple, nous avons vu que tout ce que le Conseil d'Etat s'est permis, c'est le renvoi pour faire ce que de droit : car, pour décider s'il y a eu fausse application de la loi de 1906, il est forcé d'examiner de très délicates circonstances de fait, pour voir si le droit à dérogation existe.

Il serait donc tout à fait faux de dire que la formule de l'« approbation de droit » puisse être employée dans tous les cas où un pétitionnaire a un droit. Dans cette hypothèse, le Conseil d'Etat ne peut introduire dans ses décisions (et il le fait d'ailleurs de façon très générale) que la disposition de renvoi pour faire ce que de droit. Ce n'est que dans l'hypothèse où l'exercice du droit invoqué ne peut être apprécié en fait, que le Conseil d'Etat a pu pousser plus loin sa hardiesse. — Ajoutons que, pour soutenir la thèse inverse, on a quelquefois invoqué un arrêt de 1913, dans les motifs duquel le Conseil d'Etat indique qu'il ne peut pas délivrer l'autorisation demandée, parce qu'en l'espèce « la délivrance ne constitue pas un droit » (1). On s'est demandé s'il ne fallait pas dès lors distinguer les cas où le requérant invoque un simple statut objectif (en l'espèce il s'agissait d'un refus de permission de voirie pour la pose d'installations électriques), et les cas où l'action est fondée sur un droit subjectif. Pareille vue serait tout à fait erronée : de la simple formule négative employée en 1911, on ne peut pas conclure par argument *a contrario* que lorsqu'il s'agit de la reconnaissance d'un

(1) Conseil d'Etat, 11 avril 1913, Est-Parisien.

droit le juge se reconnaisse la possibilité de se substituer à l'administration, puisque d'autre part une jurisprudence constante rejette cette idée (1) : donc, sous réserve du renvoi pour faire ce que de droit, une fois l'annulation opérée, le droit du requérant est reconnu, et la mission du juge terminée.

(1) Le principe de l'arrêt du 4 décembre 1903, Blaise, que nous avons étudié en son temps, est donc toujours admis.

CHAPITRE IV

Le problème de la sanction

Tout jugement emporte force exécutoire ; comme il proclame le droit avec force de vérité légale, obéissance absolue lui est due : mais cette obéissance est toujours volontaire. — Or l'absence de sanction directe s'est fait gravement sentir dans le contentieux de l'annulation, beaucoup plus que dans les affaires de plein contentieux : le besoin s'est alors efforcé de créer un organe défensif. — Tels sont, d'une part le principe essentiel que nous avons déjà indiqué, d'autre part l'effort jurisprudentiel que nous avons fait pressentir. Il nous reste maintenant à détailler ce principe, puis à suivre cet effort dans son développement.

SECTION PREMIERE

Des principes généraux consacrés par le droit français

On conçoit plusieurs moyens de sanctionner la désobéissance à la chose jugée : on peut d'abord prévoir une sanction juridictionnelle directe à ce manquement ; on peut ensuite organiser des voies d'exécution.

I. A vrai dire, le premier point n'offre guère de difficultés. Il est évident, en effet, que, dans le droit français, il existe une sanction juridictionnelle : cette sanction, que nous avons longuement étudiée, c'est l'annulation, pour violation de la chose jugée, de la décision par laquelle, explicitement ou implicitement, l'administration s'est insurgée contre le

jugement. Nous n'avons pas à revenir sur les explications que nous avons données à ce sujet ; il convient seulement de remarquer que cette sanction risque fort de rester platonique : une censure de portée théorique laissera à l'administrateur qui veut s'entêter à désobéir à la chose jugée, la tentation de recommencer indéfiniment, pour répondre aux annulations successives qui viendront frapper sa décision.

Prenons, pour rappeler en quelques mots ce que nous avons dit, l'exemple-type des refus d'ordonnancement. En principe, contre ce refus, aucun recours contentieux n'est possible. Cette règle ne souffre que peu de dérogations : il peut se faire d'abord que le refus d'ordonnancement opposé par le ministre ait été en réalité un refus de liquider : alors il est possible d'intenter le recours ordinaire contre les refus de liquidation. D'autre part, dans sa décision de refus, ou dans certaines conditions ou réserves mentionnées dans sa décision, il se peut que le ministre interprète faussement un des motifs mentionnés dans l'arrêt, et il y aura alors lieu à un recours de pleine juridiction, pour obtenir la réformation d'un acte lésant des droits subjectifs. Ou bien encore il se peut (et c'est l'hypothèse qui nous intéresse plus spécialement) que le ministre invoque un argument que l'arrêt condamnant l'Etat avait déjà rejeté : et alors, conformément aux principes, il y aura lieu à un recours en annulation pour méconnaissance de la chose jugée. — Mais il faut ajouter immédiatement que, dans tous ces cas, il n'y aura jamais qu'annulation ou réformation, et non mesures d'exécution forcée : au ministre seul appartient en toute liberté le droit d'ordonnancer de nouveau. — Cependant il est indispensable de rappeler que, même quand le créancier n'a aucun recours à sa disposition, il lui reste la possibilité, d'ailleurs un peu théorique, de mettre en jeu la responsabilité civile du ministre. Et enfin il faut ajouter qu'il serait faux de dire que les ministres échappent à tout contrôle : il reste celui du Parlement. Aussi ne faut-il

pas s'exagérer les dangers de leur mauvaise volonté possible.

II. Il existe donc, dans l'état actuel du droit, une sanction juridictionnelle directe au devoir d'obéissance de l'administration. C'est, par conséquent, sous cette importante réserve que l'on a coutume de dire qu'il n'existe pas de sanction à la désobéissance : il faut voir maintenant ce que signifie ce principe.

La loi française, en effet, n'organise aucune voie d'exécution forcée : l'Etat, suivant le mot de Thiers que nous avons déjà cité, est censé « être solvable et honnête homme ». Il est évident, tout d'abord, que, lorsqu'il s'agit d'une obligation de faire à la charge de l'administration, le requérant qui gagne son procès ne peut pas forcer la main à une administration récalcitrante : l'organisation d'un tel pouvoir de coercition, qui, par exemple, permettrait à la partie gagnante de veiller matériellement à l'accomplissement réel d'une prestation qui lui avait été refusée, ne serait pas conforme aux mœurs françaises et paraîtrait un peu révolutionnaire : puisque déjà la loi ne permet pas à la juridiction administrative d'adresser des injonctions à l'administration, ce qui aurait pour effet d'intercaler un ordre dans le développement de l'activité administrative, à plus forte raison une intrusion de la partie gagnante dans cette activité paraîtrait inadmissible.

Les mêmes considérations ont prévalu dans l'hypothèse où il s'agit d'un procès portant sur une dette d'argent à la charge de l'administration : pratiquement l'acquittement de cette dette se réalisera par la procédure d'ordonnancement et de paiement : comme il y a là une série d'actes matériels dont l'accomplissement incombe à l'administration, l'intervention de la partie gagnante par l'exercice de voies d'exécution, paraîtrait comme tout à l'heure une intolérable intrusion étrangère.

Telle est donc l'argumentation, de nature essentielle-

ment psychologique, par laquelle s'explique l'inexistence, dans la loi française, de voies d'exécution. — Sur le terrain juridique, il faut ajouter que le principe se déduit logiquement de l'inaliénabilité du domaine public, aussi longtemps que la nation n'y donne pas son consentement ou son concours (loi du 22 novembre 1790) : l'insaisissabilité fait partie de l'inaliénabilité. Plus généralement encore, il faut invoquer, pour justifier cette solution, la notion de service public : nous avons déjà dit, dans la première partie de cette étude, que la continuité dans le fonctionnement est de l'essence même du service public : il ne faut pas qu'il soit paralysé dans un intérêt privé, si respectable soit-il. Au même titre qu'une saisie mobilière ou immobilière, seraient par conséquent illégales et radicalement nulles, en vertu du même principe, toute inscription d'hypothèque judiciaire, ou toute saisie-arrêt entre les mains de débiteurs de l'Etat ou de receveurs de deniers publics. Le créancier n'a que la ressource très précaire de la Pétition aux Chambres, et celle, beaucoup plus solide, de l'interpellation d'un parlementaire.

Il existe cependant une exception remarquable à ces principes. L'article 46 de la loi du 17 avril 1919 sur la réparation des dommages de guerre comporte en effet la disposition suivante : « Si l'attributaire est débiteur de l'Etat, à quelque titre que ce soit, même pour le paiement de ses contributions, la somme ainsi due par lui sera sur sa demande imputée à valoir sur le montant de son indemnité, et ne sera pas exigible avant que ce montant ait été déterminé. » — Il est incontestable que cette disposition constitue une véritable hérésie juridique. Et d'autre part, par la généralité de sa formule, elle comporte un gros danger, qui pourrait aboutir à de véritables impossibilités : il aurait donc semblé que la jurisprudence s'efforcerait d'en limiter le plus possible l'application : il n'en a rien été. Sans doute le principe est qu'une peine doit être effectivement subie, et non pas purgée par un jeu d'écritures : mais la juris-

prudence a estimé que le texte était général, et n'excluait donc pas les dettes résultant d'une condamnation à l'amende : c'est notamment ce qu'a jugé la Cour de Paris, confirmant ainsi une ordonnance par laquelle le juge des référés avait ordonné la discontinuation de poursuites (1).

III. Ce n'est guère de la part de l'État qu'il y a lieu de craindre l'insubordination à la chose jugée. Lorsqu'il s'agit au contraire des agents administratifs locaux, les abus sont beaucoup plus à craindre : aussi ne pouvait-on en rester purement et simplement à la solution que nous avons indiquée : l'existence d'une sanction juridictionnelle platonique, l'inexistence de voies d'exécution forcée. Pour contrebalancer l'autonomie des pouvoirs locaux, on a donc — c'est là un point trop connu pour qu'il y ait à y insister, — donné à la tutelle exercée par l'autorité supérieure le pouvoir d'inscription d'office des dépenses obligatoires : juridiquement, ces dépenses, dont d'ailleurs la liste est essentiellement variable avec les tendances politiques du moment, doit toujours comprendre les dettes de justice. — Outre l'inscription d'office, et son corollaire l'imposition d'office, il faut mentionner que pour les communes il y a même, comme voie d'exécution, la vente des biens mobiliers ou immobiliers de la commune (article 110 de la loi du 5 avril 1884). Sur tous ces points, il y a bien, en un sens, voie d'exécution forcée : mais cette mesure de coercition est essentiellement administrative, si bien que le principe que nous avons posé est intact ; il s'agit uniquement de la manifestation d'une discipline intérieure, non d'une arme donnée à la partie gagnante pour forcer la main à l'administration récalcitrante.

Mais le problème va maintenant se compliquer, si bien qu'il y aura lieu de se demander si ce caractère de pure et simple discipline intérieure n'a pas singu-

(1) Cour de Paris, 7 février 1922, Lefèvre.

lièrement évolué : que faire en effet si l'autorité supérieure n'exerce pas le droit d'inscription d'office ? Les créanciers, d'une commune par exemple, ont-ils le droit d'exiger l'exercice de ce pouvoir par un recours juridictionnel, quoiqu'il s'agisse là d'un pouvoir de coercition essentiellement administratif ?

Ainsi que nous l'avons déjà montré à propos du renvoi pour faire ce que de droit, la jurisprudence refusait primitivement de reconnaître ce recours juridictionnel (1). Puis elle marqua un léger progrès en inaugurant une disposition qui renvoyait l'intéressé devant le juge pour y être statué par la voie administrative : « dans ces circonstances, s'il n'appartient pas au Conseil d'Etat d'annuler le refus d'inscription d'office et de prononcer lui-même cette inscription comme le demande le requérant, il y a lieu de renvoyer ce dernier devant le ministre de l'Intérieur pour y être statué, par la voie administrative, sur la suite que comporte sa demande » (2). — Finalement la jurisprudence a abouti à un revirement complet : il s'agissait en l'espèce du refus d'un préfet d'inscrire d'office l'indemnité représentative du logement convenable dû à l'instituteur, motif pris de ce qu'il aurait tranché la contestation entre la commune et le requérant au sujet de l'importance du logement dû à ce dernier : or il résulte des textes que, après avoir pris les avis exigés par la loi, le préfet décide en cas de contestation si à défaut une indemnité représentative doit être accordée, et d'en déterminer au besoin le montant : « considérant que le préfet s'est abstenu de prendre une décision, méconnaissant ainsi l'étendue de ses attributions légales ; que, dès lors, en opposant un refus par l'unique motif qu'il ne lui appartenait pas de statuer sur le litige existant,... le préfet a décliné à tort sa compétence et commis par suite un excès de pouvoir... » (3). Ainsi il n'y a plus seulement un conten-

(1) Conseil d'Etat, 15 janvier 1875, de Larralde.

(2) Conseil d'Etat, 26 juin 1908, Daraux.

(3) Conseil d'Etat, 24 juin 1910, Pille.

tieux directement contre la collectivité débitrice du service, il y a en outre, subsidiairement, un contentieux contre le tuteur. — Si l'on y songe, cette jurisprudence a une grave portée au point de vue qui nous intéresse : alors qu'autrefois on rejetait le recours en y voyant un empiètement brutal du juge sur les attributions de l'administration, aujourd'hui une grande brèche est ouverte : désormais, la jurisprudence admet l'existence d'une sanction juridictionnelle au non-emploi de l'exécution forcée. L'inscription d'office n'est plus tout à fait une mesure de coercition d'origine et de portée simplement administratives : c'est une arme, dont sans doute l'administration conserve exclusivement le maniement, mais sur laquelle la partie gagnante a désormais un étroit contrôle : son argumentation de droit étant acceptée par le Conseil d'Etat, la partie gagnante pourra indirectement obtenir l'emploi de cette voie d'exécution administrative, en arguant de son droit à l'exécution du service de tutelle.

IV. Avant d'abandonner les principes généraux sur la sanction, il convient d'ajouter que, s'il n'y a pas de voies d'exécution (sous la réserve du recours contre le refus d'ordonnancement), il y a une sanction indirecte très forte : conformément au droit commun, le retard dans le paiement fait courir les intérêts au profit du créancier ; et l'expérience de quelques affaires a montré combien lourde pouvait être cette charge supplémentaire.

C'est qu'en effet les intérêts du capital sont, sous certaines conditions, susceptibles de produire de nouveaux intérêts. Il en est ainsi, quelles que soient l'origine de la dette et la faveur due à la position du créancier ou du débiteur : l'anatocisme existe donc aussi bien en matière administrative qu'en matière civile. Ici la demande doit être formée devant le Conseil d'Etat. — La pratique de l'anatocisme est spécialement admise dans les affaires de travaux publics et de fournitures, pourvu

que les intérêts dus soient ceux d'une année au moins et que la demande soit faite après cette période : la jurisprudence est aujourd'hui constante sur ce point, alors qu'il y avait eu longtemps divergence entre la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat : c'est seulement en 1895 que le Conseil d'Etat admet à la pratique de l'anatocisme tous les intérêts échus, y compris ceux de l'année courante (1).

Et même si le retard dans le paiement provient de la mauvaise volonté de l'administration, le Conseil d'Etat pourra être saisi par le créancier d'une demande en dommages-intérêts spéciaux : et ces dommages-intérêts seront payables, soit sur le patrimoine administratif, soit sur le patrimoine personnel de l'agent public du fait duquel provient le retard injustifiable. En continuant dans cette voie, nous arrivons donc à pressentir un nouveau mode de sanction, dont il nous faut maintenant rechercher l'indication dans les progrès de la jurisprudence.

SECTION II

Des progrès obtenus par la jurisprudence dans la limite des principes

Nous avons dit quel est le danger d'insubordination à la chose jugée dans la matière du contentieux de l'annulation : la censure prononcée par le juge dans ce contentieux risque de rester platonique, parce que l'administration sera tentée de manifester sa mauvaise volonté possible en n'accomplissant pas les actes positifs appelés par l'annulation. Nous avons vu aussi le Conseil d'Etat, pour parer à ce danger, souligner que les annulations qu'il prononce ne sont pas purement doctrinales, mais comportent des conséquences de droit.

(1) Conseil d'Etat, 15 avril 1857, Ville d'Avignon.

Mais si ingénieuses que soient les formules employées par le Conseil d'Etat pour rappeler à l'ordre l'administration active, et quels que soient ses efforts pour restreindre toujours la part d'arbitraire qu'il faut craindre dans les actes de cette administration, sous prétexte d'indépendance vis-à-vis du juge et d'immunité à l'égard de la contrainte, il reste que ce ne sont là que des précautions, et, si la mauvaise volonté de l'administration va jusqu'à se manifester positivement, que des palliatifs. Aussi ne doit-on pas se faire d'illusions sur leur efficacité, et doit-on se préoccuper, non plus de chercher des arguments pour convaincre, mais des sanctions pour se faire obéir.

Et c'est ici que la tâche du Conseil d'Etat devient encore plus délicate. D'une part, l'irresponsabilité finale de l'administration est posée en axiome dans le droit public actuel ; et l'exigence du système juridique construit par ce droit public, exigence qui veut que ce privilège soit respecté, interdit donc de chercher toute sanction quelle qu'elle soit. D'autre part, si par cela même le Conseil d'Etat entend, dans les cadres qui lui sont ainsi imposés, marcher avec ses seules forces et se forger à lui-même par sa seule jurisprudence l'instrument qui lui permettra de sortir de l'impasse et de se faire obéir, il doit s'ingénier aussi à trouver une solution radicale d'une efficacité cette fois intangible. Mais sa situation est particulièrement délicate, parce que, dans la recherche de cet instrument, on peut dire qu'il part de rien, si bien qu'à l'origine il aurait pu paraître vaincu d'avance dans la lutte que l'administration engageait contre lui.

Somme toute, il fallait combler la lacune révélée par le progrès du droit public, en conciliant deux points de vue : d'une part, l'indépendance et l'irresponsabilité du service public, d'autre part, le respect de la chose jugée. — La jurisprudence a trouvé la solution de ce problème dans la mise en jeu de la responsabilité personnelle de l'administrateur qui refuse d'exécuter l'arrêt du Conseil d'Etat.

Cette solution, à condition que les tribunaux judiciaires l'admettent et que le Tribunal des Conflits l'impose rigoureusement, serait d'une efficacité extraordinaire après quelques exemples où des fonctionnaires auraient été frappés d'une façon énergique.

Et la justification doctrinale, — on l'a souvent montré, — en est aisée. En effet, quelles que soient la négligence et la lenteur de l'administration, les fautes qu'elle commet restent dans la ligne de la fonction publique. Elles résultent du fonctionnement souvent médiocre du service public, elles sont inhérentes à sa nature et à sa lourdeur ; comme on l'a dit, les pratiques qui les ont causées sont avouables. Ces fautes ne sont donc que des fautes de service. — Toute différente est la faute que commet un administrateur qui refuse d'exécuter un arrêt du Conseil d'Etat, ou néglige de le faire d'une façon qui prouve sa mauvaise volonté. Tout jugement a force de vérité légale ; il est présumé être conforme à la loi. Donc le fonctionnaire, en méconnaissant sciemment le jugement, désobéit à l'ordre formel de la loi et substitue sa volonté individuelle à celle du législateur. Ainsi, il se met en dehors du service et commet un acte détachable de sa fonction : il se rend donc coupable d'une faute personnelle.

Il n'y a encore jamais eu d'application de cette doctrine. Mais elle a été dégagée nettement par la doctrine en 1910 (1), et l'arrêt Rougegré, dont nous avons déjà eu à parler à propos du renvoi pour faire ce que de droit, repose sur elle (2). — En terminant, il faut mentionner un cas spécial : celui dans lequel une assemblée élective est solidaire d'un refus d'obéir imposé à la chose jugée, par exemple si un conseil municipal soutient le maire dans sa résistance : il est alors logique que ce soit le patrimoine communal que l'on rende pécuniairement responsable. — On peut tirer cette exception par analogie d'un arrêt où il s'agissait d'un refus

(1) Conseil d'Etat, 22 juillet 1910, Fabrègues (2^{me} affaire).

(2) Conseil d'Etat, 28 juillet 1911, Rougegré.

du maire de fournir le logement à l'instituteur (dans les conditions de l'article 14 de la loi du 30 octobre 1886) : et malgré les protestations de l'instituteur, cette situation s'était prolongée jusqu'à sa nomination à un nouveau poste. Or il avait été établi par l'instruction que le conseil municipal s'était constamment associé aux actes du maire : « considérant que dans ces circonstances les agissements du maire, que ne pouvait justifier réellement aucune considération réellement tirée de l'intérêt public, ne sauraient être regardés comme une faute personnelle, se détachant de l'exercice des fonctions du maire ; qu'ils engagent au contraire l'exclusive responsabilité de la commune, que par suite cette dernière peut seule être condamnée... » (1).

L'efficacité de la mise en jeu de la responsabilité personnelle est indiscutable. Cependant on a fait remarquer que des difficultés seraient rencontrées dans cette voie, si la jurisprudence y suivait résolument la doctrine : on ne peut pas se dissimuler la complication et surtout la lenteur de procédure qu'entraîne la distinction des deux poursuites. Après être allé devant la juridiction administrative, juge de l'excès de pouvoir, il faut entamer une action entièrement nouvelle, celle-là judiciaire, et l'entamer sous la menace du conflit : ainsi dans l'affaire Fabrègues, postérieurement aux annulations prononcées par l'arrêt du 22 juillet 1910, il aurait fallu une action entièrement différente devant les tribunaux judiciaires. Et si, ainsi que nous l'avons vu, en concluant pour l'arrêt Rougegré, le commissaire du gouvernement conseillait d'introduire la formule de renvoi à l'administration, c'était pour éviter autant que possible la longueur d'une poursuite judiciaire incidente. Et ainsi on aboutit à ce résultat que l'existence d'une juridiction administrative, qui a créé le développement du droit public, devient une cause de difficultés dans la mise à

(1) Conseil d'Etat, 20 janvier 1911, Delpech.

exécution des obligations de faire à la charge de l'administration.

Certains auteurs ont adressé encore d'autres objections à la mise en jeu de la responsabilité personnelle. Ils ont d'abord fait remarquer que, sur le terrain des faits, cette responsabilité peut être beaucoup moins efficace que ce qu'un raisonnement théorique permet de croire. Psychologiquement, elle reste toujours une excellente contrainte. Mais d'une part, sa mise en jeu est pratiquement enrayerée quand c'est un ministre qui s'est rendu coupable d'une résistance à la chose jugée. Et d'autre part, elle risque d'être inopérante si le fonctionnaire est insolvable ; c'est vrai surtout si l'on songe qu'un agent décentralisé comme le maire n'a pas de traitement et que le requérant n'aura donc pas même la ressource de saisir son traitement.

S'inspirant de ces critiques, on a proposé de remédier à cette complication en donnant une solution toute différente au problème : certains auteurs préconisent la pratique de l'astreinte, que nous avons déjà rencontrée plus haut ; sans doute, si l'on adoptait son emploi, il exigerait encore, dans l'état actuel du droit, deux actions distinctes, lorsqu'il s'agirait d'un recours pour excès de pouvoir : mais il permettrait de poursuivre ces deux actions devant le même tribunal, et ce serait déjà là une grande simplification.

Cette théorie, à première vue séduisante, est très critiquable, parce qu'elle oublie que l'astreinte est en opposition directe avec le système élaboré dans notre droit public : nous avons dit que l'astreinte est un acte de commandement du juge ; et nous avons vu aussi que le juge administratif ne peut adresser de véritables injonctions à l'administration active.

Mais on s'est alors demandé si, en adoptant la solution des dommages-intérêts moratoires — solution absolument différente sur le terrain de la doctrine, mais d'une efficacité sensiblement équivalente dans le do-

maine jurisprudentiel —, on ne pourrait contraindre indirectement l'administration, par une véritable pression psychologique, à obéir à la chose jugée : cette solution aurait l'avantage de cadrer parfaitement avec le droit public actuel.

A Nous avons vu en effet comment cette pratique des dommages-intérêts moratoires était efficace en matière de dommages causés par l'exécution de travaux publics ; et nous avons pu signaler une tendance du Conseil d'Etat à généraliser cette solution : sans avoir encore adopté, dans l'ensemble de sa jurisprudence, le système des dommages-intérêts moratoires, il lui est arrivé dès à présent de condamner l'administration à une indemnité en la menaçant en même temps de la condamner à nouveau si elle n'obéissait pas à son arrêt dans un délai donné. On peut dès lors se demander si, par analogie, on ne pourrait pas faire du système des dommages-intérêts moratoires un détour ingénieux pour forcer l'administration à respecter la chose jugée.

Il ne semble pas malheureusement que, transportée dans ce domaine et érigée en système, cette pratique puisse trouver une justification juridique très sérieuse. Car somme toute, cela équivaldrait à reconnaître implicitement le droit de l'administration de désobéir à la chose jugée, quitte à se faire condamner postérieurement à une indemnité pour dédommager le requérant du tort que lui a fait subir cette résistance illégale ; autrement dit, on donnerait à l'administration la possibilité d'opter entre l'obéissance d'une part, et d'autre part une condamnation, non pas pénale, mais de caractère strictement civil, qui ne comporterait aucun blâme.

En définitive, on est en droit de conclure, d'une part que la pratique de l'astreinte ne peut être adoptée dans l'état positif du droit, et d'autre part que la pratique des dommages-intérêts moratoires, commode dans ses résultats, doit être rejetée par ce que révèle sa véritable signification juridique. Et l'on revient ainsi à la solution, peut-être un peu lente, mais en tout cas seule ac-

ceptable et malgré tout assez sûre, de la responsabilité personnelle du fonctionnaire auquel est imputable la désobéissance.

Cet appel à la responsabilité personnelle de l'agent devient encore plus intéressant — il convient de le remarquer en terminant —, si on le rapproche des tendances générales du droit public sur les questions de responsabilité. On s'est aperçu en effet que la responsabilité de l'administration aggravait le relâchement des agents dans leurs fonctions : c'est que la condamnation qui frappe la personne morale ignore les fautifs, et que ceux-ci, devant les suites trop lointaines de leurs fautes, se sentent couverts d'une sorte d'irresponsabilité. Aussi la jurisprudence cherche-t-elle à élargir la notion de faute personnelle au détriment de la faute de service.

Dans la matière qui nous intéresse plus spécialement, on retrouve la même préoccupation. La responsabilité de l'administration est excellente, mais elle n'est pas une solution définitive et suffisante. C'est qu'ici encore le sentiment de la faute s'émousse, et le fonctionnaire peut se moquer impunément de la chose jugée en s'abritant derrière l'énorme machine administrative. Et d'ailleurs, si celle-ci refusait de payer sa condamnation, on ne pourrait rien faire contre elle, et la difficulté ne serait que reculée. Ici tout particulièrement s'impose la prise à partie du fonctionnaire fautif.

Somme toute le droit public français tend ainsi à raccourcir quelque peu l'espace qui le sépare du droit public des pays anglo-saxons. Dans la conception de ces derniers, l'irresponsabilité de l'administration est proclamée, mais l'agent qui refuse d'exécuter un jugement ou qui commet n'importe quelle autre faute, même légère, peut être actionné en responsabilité, — de même que s'il était révoqué, il ne peut qu'attaquer le supérieur qui l'a frappé. — Inversement, le législateur anglais, comme le législateur américain, s'est aperçu que sa doctrine se révélait en fait comme insuffisamment nuancée, et

c'est pourquoi l'on constate depuis quelques années un glissement législatif vers la direction plus souple du droit français, par la création de juridictions administratives spéciales et par la condamnation éventuelle de l'administration. Et cette marche des deux systèmes juridiques aussi diamétralement opposés vers un moyen terme, qui serait moins représentatif de la mentalité de l'une ou l'autre des deux nations, mais qui serait mieux adapté à la réalité, est un des enseignements les plus curieux du droit comparé.

Conclusion

Nous nous sommes efforcés, dans les chapitres précédents, de faire une étude essentiellement positive : l'étude de la jurisprudence que le Conseil d'Etat a élaborée sur toutes les questions, essentiellement connexes, concernant le respect dû à la chose jugée. L'œuvre du législateur était absolument insuffisante sur ce point : et c'est pourquoi nos recherches ont été essentiellement des recherches de jurisprudence. — Ayant ainsi défini ce qu'exige et comporte, en lui-même, le devoir d'obéissance à la charge de l'administration, puis ayant recherché les moyens mis en œuvre pour assurer et sanctionner ce devoir, nous pouvons, au terme de cette étude, essayer d'avoir la vue d'ensemble à laquelle dans notre introduction nous souhaitions aboutir : beaucoup mieux que nous ne pouvions le faire alors, il nous est maintenant possible de mesurer à sa valeur l'effort de la jurisprudence en face des grands privilèges administratifs, et d'apprécier les résultats d'ensemble, actuellement obtenus, de cet effort. Il nous reste donc à résumer l'état actuel du droit, tel qu'il s'est précisé du choc des privilèges administratifs et des revendications du Conseil d'Etat, puis à rechercher la valeur des réformes qui ont été proposées.

SECTION PREMIERE

Des résultats généraux du conflit entre les privilèges de l'administration active et les revendications du Conseil d'Etat

D'un mot, on peut dire que le Conseil d'Etat a eu des hardiesses croissantes à l'égard de l'administration : il n'a voulu accepter comme définitif le principe d'aucun privilège. Comme il estime que tous ces privilèges sont exorbitants, il s'efforce de les enserrer toujours davantage dans les limites que la simple utilité commande. Il ne peut pas d'ailleurs les renverser délibérément : sinon il usurperait l'autorité législative ; et il ne le doit pas non plus parce qu'il est irresponsable, et qu'il doit donc respecter la liberté d'allures d'une administration dont la responsabilité justifie les privilèges.

Aussi — et c'est là l'idée essentielle qui a constamment dominé notre étude —, le juge s'est-il efforcé de faire le départ entre ce qui n'est encore que de l'indépendance et ce qui devient de l'arbitraire : s'il entend respecter l'une, il veut dompter l'autre. Et c'est cette grande idée qui l'a inspiré et dirigé dans sa lutte contre les abus que peuvent entraîner les privilèges de l'administration relatifs à l'exécution des jugements. Sans doute ces jugements peuvent paraître avoir une autorité bien précaire et le Conseil d'Etat peut sembler singulièrement désarmé, en vertu des principes interdisant l'injonction et la sanction. Mais contre ces précautions contingentes nées de préoccupations politiques, se dresse le principe juridique de l'autorité de la chose jugée. De ce duel, il fallait que ce fût la précaution politique qui sortît vaincue : et c'est ce que le Conseil d'Etat, qui paraissait au début désarmé et humilié, est arrivé à obtenir.

Vagues et menaçants à l'origine, de par leur impréci-

sion même, les privilèges relatifs à l'exécution des jugements ont donc été passés au crible et réduits, après analyse sévère et rigoureuse de leur contenu véritable. A l'origine, on aurait pu croire à la possibilité pour l'administration de désobéir à la chose jugée ; aujourd'hui — et nous reprenons ici une formule que nous avons déjà employée, et dont nous pouvons maintenant comprendre toute la portée —, le principe de la liberté des initiatives, qui est l'affirmation positive de l'impossibilité d'une injonction comme d'une sanction, se réduit à une simple liberté dans le choix de l'heure et des moyens : c'est là le résultat fondamental en vue duquel convergent tous les efforts jurisprudentiels que nous avons étudiés. — Rappelons, pour nous faire bien comprendre, l'exemple des dommages-intérêts moratoires, qui n'ayant pas le caractère d'une injonction, mais d'une alternative, sont un moyen de pression très énergique pour forcer l'administration, tout en paraissant respecter sa liberté, à prendre certaines décisions qui, malgré l'option offerte, s'imposent à elle comme inévitables.

Il serait inutile de s'attarder sur ces points, qui ont été longuement développés : il suffisait de souligner l'esprit qui a inspiré la jurisprudence dans son œuvre : tout en respectant la liberté des initiatives de l'administration, elle était très désireuse de canaliser cette liberté dans les limites rigoureusement indispensables. — Mais il est nécessaire maintenant, pour comprendre toute la portée de ce résultat, de donner quelques rapides explications sur les efforts entrepris par le Conseil d'Etat sur les autres privilèges de l'administration. Sans doute, nous n'avons à nous occuper de ces privilèges que très accessoirement ; mais comme nous allons découvrir, dans la pensée du juge, exactement la même préoccupation, il est intéressant de voir, dans son intégralité, quel vaste effort jurisprudentiel, coordonné et convergent, il a entrepris de mener à bien.

Nous avons dit, dans le premier chapitre, que le plus compréhensif des privilèges de l'administration, c'est le privilège d'action d'office. Nous devons maintenant, mieux que nous ne l'avions fait, retracer l'œuvre de la jurisprudence en cette matière. — Le principe reste toujours : le privilège est respecté. Mais tout d'abord le Conseil d'Etat a décidé que la procédure d'action d'office est aux risques et périls de l'administration, et que l'administration peut être condamnée lorsqu'elle l'a employée d'une façon reconnue injuste par le juge ; c'est la rançon de son privilège (1).

Aussi l'administration s'est-elle aperçue que ses prérogatives, flatteuses sans doute, lui étaient particulièrement onéreuses ; et elle a été désormais portée à n'en user qu'avec prudence. Cette évolution très significative s'est produite surtout pour les administrations locales, et tout spécialement dans les rapports de ces administrations avec les entrepreneurs de travaux publics et les concessionnaires. C'est ainsi qu'on rencontre des cahiers des charges qui renoncent, au profit du Conseil de Préfecture, à la procédure de la décision exécutoire : l'administration veut ainsi éviter de voir annulées comme injustes les sanctions prévues au cahier des charges et prononcées par elle (telles que la mise en régie, la résiliation et la déchéance) ; et c'est pourquoi, par crainte de se voir dès lors condamnée à de très lourds dommages-intérêts, elle s'en remet au Conseil de Préfecture pour que celui-ci prononce lui-même ces sanctions (2).

Aussi curieux, à notre point de vue, est le procédé de la demande en interprétation des contrats que les administrations ont passés avec leurs entrepreneurs ou

(1) Conseil d'Etat, 27 février 1903, Zimmermann ; 21 novembre 1913, Larose.

(2) Conseil d'Etat, 25 novembre 1910, Tricoche. — On peut en rapprocher la circulaire du 3 mars 1917, sur l'option offerte à l'administration entre la procédure d'action d'office et les actions en justice du droit commun, en ce qui concerne les vices rédhibitoires dans les fournitures faites à l'armée.

leurs concessionnaires. Nous avons déjà, en effet, rencontré le cas de concessionnaires (deux compagnies de chemin de fer) en face desquelles l'Etat ne tenait pas compte de la chose jugée, sous prétexte que l'arrêt en question n'était pas clair ; sur la demande de ces concessionnaires, le Conseil d'Etat se prêta alors à donner dans un nouvel arrêt une interprétation de sa première décision. Mais ici il faut bien souligner que, l'un des principes du droit administratif étant que l'administration ne peut en principe être demanderesse devant le Conseil d'Etat, la demande en interprétation ne peut être formée que par l'autre partie intéressée, soit entrepreneur, soit concessionnaire (1).

Et enfin, aussi intéressante est l'intervention du juge dans ses rapports entre administrations et entrepreneurs ou concessionnaires, quand il se reconnaît le droit de compléter les stipulations des contrats par des principes tirés du droit commun : il arrive que les sanctions prévues par le cahier des charges, c'est-à-dire fixées par l'administration dans sa libre initiative, se révèlent comme insuffisantes, en ce sens qu'elles sont trop modérées ou trop graves. Le juge remédie à cette insuffisance en adoptant une sanction non prévue, mais tirée du droit commun : les dommages-intérêts. En complétant ainsi les stipulations du contrat, il en arrive à corriger véritablement ce que l'administration avait fait en profitant de son privilège d'action d'office. Ce n'est pas là d'ailleurs une prétention exagérée de la part du juge : car s'il intervient en principe *a posteriori*, il s'élève au-dessus du cas d'espèce qui lui est soumis, rejoint les principes généraux en la matière envisagée, et peut donc corriger ce qu'un contrat considéré comme rigide pouvait avoir d'insuffisant (2).

L'idée qui a présidé aux efforts jurisprudentiels que

(1) Conseil d'Etat, 26 juillet 1912, Compagnies d'Orléans et du Midi contre l'Etat.

(2) Conseil d'Etat, 31 mai 1907, Deplanque.

nous venons de retracer brièvement, c'est le respect des initiatives de l'administration et la répression de l'arbitraire à laquelle l'exercice de sa liberté peut la pousser. Nous allons retrouver la même préoccupation chez le juge en reprenant l'étude, que nous avons déjà esquissée à un autre point de vue, des recours relatifs à l'organisation et au fonctionnement des services publics.

En effet, nous avons déjà dit que la jurisprudence, sous la rubrique de la quatrième ouverture du recours pour excès de pouvoir, la violation de la loi, en est arrivée à ranger la violation des droits individuels et des facultés reconnues aux citoyens par le droit public général ; et sous cette dernière rubrique, il faut ranger tout particulièrement la violation du droit aux prestations administratives et aux services publics.

Que faut-il comprendre dans ce droit ? — Il est incontestable tout d'abord que l'administré n'a pas droit à la création et à l'organisation du service public : qui dit droit dit créance ; or la création du service est une question d'opportunité, qui n'ouvre aucun contentieux.

Au contraire, l'administré a droit au fonctionnement du service une fois créé. — Nous avons vu que ce droit comprend tout d'abord le droit au fonctionnement de fait. C'est ce que le Conseil d'Etat a proclamé, avant d'en venir à une affirmation générale, dans l'hypothèse où il s'agit d'actes obligatoires pour l'administration à l'égard de certains individus et où dans l'accomplissement de ces actes n'entre aucun élément d'appréciation de fait, sinon celui que les conditions imposées par la loi sont bien remplies. Et c'est pourquoi c'est une jurisprudence très curieuse (qui devrait être généralisée pour lutter contre la lenteur administrative), que celle où le Conseil d'Etat force l'administration à statuer dans un certain délai, sous peine de voir interpréter son silence dans un sens favorable : si bien qu'on a pu dire qu'il y avait là une véritable exécution forcée, directe, de ses obligations. — De cette hypothèse un peu spéciale,

le Conseil d'Etat s'est élevé à une théorie générale. S'agit-il de services régis directement ? Le texte de création donnant naissance à une obligation très précise de fonctionnement, la violation de la règle de droit est manifeste: c'est ce qui a été jugé pour la suppression du service postal, dans des conditions non prévues par les règlements généraux (1) : tout arbitraire est désormais réprimé. Et dans l'hypothèse de collectivités administratives secondaires, le fonctionnement des services par elles organisés peut être indirectement obtenu par la voie de l'inscription d'office; et au besoin par la voie du recours contre le refus d'inscription d'office : sur ce point de la reconnaissance du droit au fonctionnement de fait, nous n'avons qu'à renvoyer aux explications précédemment données. — S'agit-il maintenant de l'hypothèse plus délicate de services concédés : l'usager a-t-il le droit d'exiger l'exécution du contrat ? Il ne peut y avoir d'action judiciaire contre l'exploitant (quoique l'usager ait un contrat individuel), puisqu'il n'est pas partie au contrat de concession. Il ne peut pas y avoir non plus, de façon générale, d'action oblique, par laquelle l'usager exerce les pouvoirs du concédant : seule la loi de 1884 l'organise pour les communes. Par contre, la jurisprudence a reconnu une voie générale d'action : le recours pour excès de pouvoir, soit contre les actes positifs, soit contre les actes négatifs, quand il s'agit d'un motif de droit (2).

On peut donc poser le principe absolu du droit de l'administré au fonctionnement de fait des services publics : l'exercice de ce droit n'entame nullement la liberté d'initiative de l'administration ; mais le Conseil d'Etat, tout en respectant ce privilège, a obtenu ce résultat que l'administration ne peut en tirer le corollaire de pouvoir s'en servir ou de pouvoir rester inactive. En l'avertissant qu'elle a eu tort de ne pas agir,

(1) Conseil d'Etat, 29 décembre 1911, Chomel.

(2) Conseil d'Etat, 3 février 1905, Stroch ; 21 décembre 1906, Syndicat du Quartier Croix-de-Seguey.

ou en lui imposant une autre ligne de conduite, par la constance de sa jurisprudence, il limite d'autant le privilège de libre initiative en ce qu'il peut présenter d'arbitraire. — Cette conclusion se trouve confirmée si l'on continue l'examen du droit au fonctionnement des services publics. Après le droit au fonctionnement de fait proprement dit, il comprend en effet le droit au fonctionnement-légal : les intéressés ont évidemment, au premier chef, le contrôle de la légalité des services publics. C'est l'exemple classique, qui donne lieu à une jurisprudence énorme, du contentieux des droits des fonctionnaires ; c'est encore celui du contentieux relatif au fonctionnement du service de l'enseignement public (1).

Enfin il faut ajouter que l'administré a droit au fonctionnement, non plus seulement réel, non plus seulement légal, mais convenable en fait : et c'est sur ce point (que nous avons déjà indiqué) que le Conseil d'Etat a montré la plus grande hardiesse. Citons seulement la théorie de l'erreur de fait, dans laquelle se caractérise le mieux cette dernière tendance. — Deux grandes hypothèses s'y rencontrent : ou bien il s'agit pour le juge d'apprécier la légalité par rapport aux circonstances de fait : c'est le cas de la police municipale, pour laquelle le juge exige l'appropriation de la mesure au danger couru (c'est particulièrement frappant en matière cultuelle). — Ou bien le Conseil d'Etat recherche l'illégalité comme conséquence de l'appréciation de fait : ici il va beaucoup plus loin, parce que le fait est étudié pour lui seul : précédemment il y avait simple union du droit et du fait pour découvrir la vérité, le fait servant de véhicule au droit. Les exemples-typiques sont ici les locations de presbytères, les indemnités de logements aux instituteurs, les perspectives monumentales.

Toutes ces conquêtes jurisprudentielles sont particu-

(1) Conseil d'Etat, 20 janvier 1911, Pichon ; 17 janvier 1913, Lachaise.

lièrement intéressantes parce qu'elles convergent autour d'une grande idée générale. Qu'il s'agisse des privilèges administratifs relatifs à l'exécution des jugements, qu'il s'agisse du privilège d'action d'office, qu'il s'agisse enfin, de la façon la plus générale, du fonctionnement des services publics, c'est toujours le même but que poursuit le Conseil d'Etat. Il a compris la nécessité de ne laisser à l'arbitraire de l'administration qu'un champ toujours plus étroit. Sans doute il entend respecter l'ensemble de ces privilèges, qui se résument à la grande idée de liberté des initiatives, car les besoins de la pratique les justifient. Mais comme ils peuvent dans leur usage devenir exorbitants, on conçoit que le Conseil d'Etat se soucie toujours davantage de les enserrer, par une jurisprudence de plus en plus hardie, dans les limites strictement nécessaires.

On peut donc dire que la juridiction administrative tend de plus en plus à se subordonner l'administration active. Si bien, somme toute, que l'administration, qui avait su échapper au juge judiciaire en se faisant reconnaître une série de privilèges, retombe sous le contrôle d'un autre juge, celui-ci sorti de son propre sein.

Cet assujettissement progressif, il faut le dire tout de suite, a inquiété certains auteurs : ils craignent de voir le juge administratif dépasser la mesure, et, en devenant trop puissant, finir par être une gêne exagérée pour l'administration. — Et c'est peut-être bien là qu'il faut aller chercher la seule justification, d'ailleurs empirique, et plus politique que juridique, de la théorie des actes de gouvernement. Le principe de cette théorie est illogique ; elle mène à de dangereux abus, parce qu'elle laisse la porte ouverte aux exagérations, et elle est donc vexatoire. Il reste que, à condition de ne pas les ériger en une véritable raison d'Etat, les actes de gouvernement répondent au besoin d'équilibrer l'administration active avec la justice administrative : c'est en même temps leur justification, et leur condamnation à ne s'appliquer que dans des cas exceptionnels.

SECTION II

Des réformes qui ont été proposées

Nous avons vu qu'en présence des conflits amenés par le privilège d'exécution volontaire des jugements, le Conseil d'Etat, pour éviter l'arbitraire et la désobéissance de l'administration, a indiqué comme sanction indirecte la mise en jeu de la responsabilité personnelle de l'agent qui refuse de se conformer à la chose jugée. Mais nous avons vu aussi les longueurs de procédure qu'entraîne cette action, si bien qu'en fait elle n'a peut-être jamais été suivie jusqu'au bout : somme toute, c'est un détour ingénieux qui, comme tous les détours, entraîne des complications assez grandes.

En présence de cette lacune de l'immunité administrative, et à raison des obstacles rencontrés à la tourner, on pourrait se demander si on ne devrait pas aller, pour combattre le mal à sa racine, jusqu'à rejeter le principe de l'exécution volontaire des jugements par l'Etat, réputé honnête homme, et à prévoir des voies d'exécution forcée.

Mais à vrai dire la question ne s'est jamais sérieusement posée : il est évident que l'idée de voies d'exécution est contradictoire avec l'idée de service public. Tout ce que la loi pourrait faire de plus, ce serait d'instaurer le seul système de l'astreinte, qui est une mesure d'intimidation, non une voie d'exécution. De ce dernier côté, on ne peut donc pas songer à une réforme d'ensemble, directe et radicale, des principes que nous avons étudiés : on ne pourrait tout au plus qu'organiser pour telle ou telle collectivité administrative une voie d'exécution bien précise qui présenterait de moindres inconvénients. D'ailleurs, une sanction directe serait-elle imaginable, elle n'aurait à jouer que dans des cas heureusement exceptionnels : si bien qu'il vaut mieux conserver à la jurisprudence toute sa souplesse

et toute sa liberté d'action, même si son autorité peut sembler par instant insuffisamment sanctionnée.

I. De portée beaucoup plus réelle et grave est au contraire le problème de la réforme en ce qui concerne l'impossibilité pour le Conseil d'Etat d'adresser une injonction à l'administration active : nous savons en effet que le Conseil d'Etat s'interdit d'ordonner à un agent actif l'accomplissement d'un acte, même quand cet acte est de sa compétence obligatoire. Nous avons vu aussi les inconvénients de ce système, et les efforts faits par la jurisprudence pour l'adapter aux nécessités de la pratique. Ces efforts ont sans doute abouti à des résultats très intéressants, mais on a pu les trouver insuffisants : et c'est pourquoi quelques auteurs ont préconisé une réforme radicale.

Les partisans de cette réforme ont tout d'abord souligné que l'autorité de la chose jugée est la règle fondamentale de notre système juridique, et qu'on ne doit donc la tenir en échec que pour des motifs tout à fait exceptionnels. Or ainsi que nous avons également eu l'occasion de le montrer, la règle de l'indépendance de l'administration ne correspond qu'à une préoccupation politique, c'est-à-dire à une préoccupation contingente, et non juridique. Aussi cette règle est-elle une pure exception, et doit-elle être entendue *strictissimo sensu*.

Cette argumentation se trouve confirmée et renforcée si l'on recherche l'esprit du principe de la séparation de l'administration et de la juridiction administrative. — Sans doute, il ne faut pas confondre les textes qui établissent cette séparation, et les textes qui règlent la séparation des autorités. Cependant il faut noter que l'esprit qui a présidé à l'établissement de ces deux règles est bien le même (1). Or les lois sur la séparation des auto-

(1) Comme nous préférons personnellement la théorie de la séparation bipartite des pouvoirs, ainsi que nous l'indiquons implicitement page 1, il se trouve que nous appelons principe de séparation de l'administration et de la juridiction administrative ce que beaucoup d'auteurs appellent principe de séparation des autorités, et principe de séparation des autorités ce qu'ils appellent principe de séparation des pouvoirs. Il n'y a d'ailleurs là qu'un point de doctrine sans grande importance pratique.

rités (notamment loi du 16-21 août 1790, tome III, article 13, complétée par le décret du 13 Fructidor an III) reposent sur ce principe qu'il ne faut pas que les tribunaux viennent troubler les opérations de l'administration : ces textes fondamentaux doivent donc être interprétés en ce sens qu'il faut respecter, autant que possible, la liberté des initiatives de l'administration. Il nous faut donc maintenant préciser si l'injonction est incompatible avec cette liberté d'initiative : sur ce point toutes nos études précédentes vont nous permettre de voir clair très vite.

L'injonction, nous l'avons dit, équivaut à intercaler un ordre ou une défense dans le déroulement de l'activité administrative : on peut la comparer à une décision exécutoire. Si cette analyse est exacte, on ne voit pas dès lors en quoi une injonction peut pour l'administration troubler l'exercice de sa liberté : il reste encore entre elles tout l'intervalle qui sépare la décision exécutoire des faits d'exécution. Ce sont ces faits d'exécution, et ces faits seuls, que l'administration est chargée d'accomplir pour se conformer à cette décision exécutoire qu'est le jugement. — Le résultat de cette analyse juridique serait certainement tout autre si l'on entendait le privilège de liberté des initiatives dans un sens absolu. Mais un jugement n'est évidemment pas une proposition par laquelle il indique à l'administration les décisions qu'elle devrait prendre en pleine indépendance : sinon un jugement ne serait guère, au point de vue de son exécution, qu'un avant-projet. — Puis donc que l'exécution du jugement correspond exactement, par rapport à cette décision exécutoire, aux faits d'exécution, l'administration n'a pas à se prononcer sur l'opportunité ou la nécessité de ces faits d'exécution ; nous avons déjà dit plus haut que leur accomplissement s'impose absolument à elle, et qu'elle n'a que la liberté du choix de l'heure et des moyens pour y procéder. Autrement dit, si le Conseil d'Etat avait le droit d'injonction, l'exercice de ce droit ne se produirait pas

du tout sur le même plan que l'exercice par l'administration de son privilège d'initiative : il y a entre ces deux plans toute la différence qu'il y a entre le contenu lui-même du jugement et l'exécution de ce jugement. Le privilège de non-injonction et le privilège de libre exécution sont évidemment étroitement connexes et peuvent se cumuler ; mais ils ne sont nullement inséparables, et le premier pourrait fort bien être rejeté sans que le second en fût atteint. — Et c'est ce qui prouve que, toute règle de portée politique devant être interprétée restrictivement, le droit d'injonction ne serait nullement contraire à la règle de la séparation de l'administration et de la juridiction administrative : le juge n'apporterait aucun trouble dans les opérations de l'administration.

Les partisans de réformes profondes font ensuite remarquer que, si le principe d'indépendance de l'administration s'explique historiquement par la forte situation faite, en France, au gouvernement et à l'administration, il faut ajouter qu'il n'est pas une conséquence logiquement impliquée par la règle de séparation des autorités. — Le principe peut être compréhensible pour les tribunaux judiciaires : d'après les dispositions du Code Pénal, de la loi du 16-24 août 1790 et de celle du 16 Thermidor an III, l'autorité judiciaire, quand par exception elle est appelée à prendre une décision en matière administrative, ne peut adresser d'injonction en prescrivant d'accomplir tel ou tel acte. Pour la juridiction administrative au contraire, la même justification ne peut plus être donnée, puisqu'il n'y a plus à invoquer ici la séparation des autorités, mais seulement la séparation de l'administration et de la juridiction administrative : cette séparation ne s'oppose pas à ce que le juge administratif adresse des injonctions à l'administration, dont il n'est qu'une branche.

Et même en ce qui concerne la séparation des autorités, c'est un principe si souple que l'on peut indifféremment en tirer les deux solutions contraires. On a fait

remarquer en effet que l'Angleterre, où Montesquieu a été chercher le principe de la séparation des pouvoirs, est précisément le pays du « writ of mandamus » : le mandamus est le mandat judiciaire qui est délivré par la Haute-Cour au citoyen pour lui permettre de forcer une assemblée locale ou un fonctionnaire, sous peine de confiscation de bien ou même de contrainte par corps, de remplir un devoir imposé par la loi, mais auquel il avait négligé de se conformer. Il suffit que le demandeur prouve d'abord que la loi statutaire impose un devoir au fonctionnaire, et ensuite qu'il a un droit légal à ce que ce devoir soit accompli : il n'est pas suffisant qu'il dise que sa prétention est fondée en équité. — Il faut bien remarquer combien ce droit est étendu : alors qu'en France la juridiction administrative a longtemps hésité, malgré le simple principe de la séparation de l'administration et de la juridiction administrative, à forcer les préfets d'inscrire une dépense obligatoire dans le budget départemental ou communal, en Angleterre le principe de la séparation des pouvoirs n'a jamais empêché de faire directement condamner un Conseil de Comité à voter une dépense obligatoire, avec les sanctions les plus graves en cas de désobéissance.

Enfin, en faveur du droit d'injonction, on a fait remarquer qu'en certaines matières le juge judiciaire ne craint pas d'adresser de véritables injonctions à l'administration : dès lors l'impossibilité pour le Conseil d'Etat de prononcer de pareilles injonctions serait absolument injustifiable. L'exemple-type, c'est la matière du contentieux électoral judiciaire : le décret organique du 2 février 1852 organise une action, pour permettre aux citoyens d'obtenir une inscription ou une radiation sur la liste électorale ; cette action est portée devant la commission municipale de revision, qui prononce de véritables jugements judiciaires, puis en appel devant le juge de paix, enfin devant la Cour de Cassation : elle aboutit à faire ordonner directement l'inscription ou la radiation, si bien que le caractère d'injonction est ici extrêmement net.

Un cas beaucoup plus complexe est celui des emprises irrégulièrement faites sur la propriété privée. En principe, les pouvoirs que se réservent les tribunaux judiciaires sont très étendus : les tribunaux pourront ordonner la cessation des travaux, la restitution des terrains (1). Seulement cette solution doit, en l'espèce, se concilier avec cet autre principe que, pas plus que la juridiction administrative, et même, *a fortiori*, l'autorité judiciaire ne peut pas ordonner la destruction d'un ouvrage public livré à sa destination : sinon elle troublerait le fonctionnement du service public. Or nous savons que, ce service public, on peut l'empêcher de se faire, on ne peut l'empêcher de fonctionner ; cette règle se conçoit aussi d'ailleurs du fait que, l'administration ayant toujours le droit de s'emparer par la force de la propriété privée, elle pourra toujours réparer l'erreur, donc empêcher la démolition. Pour toutes ces raisons, le juge ne se permet que d'accorder les indemnités (2) : mais il reste que dans des circonstances exceptionnelles il ne craindrait pas d'aller jusqu'à prononcer des injonctions formelles.

En dernier lieu, il faut signaler que la justice judiciaire s'est reconnu ce droit d'injonction dans le cas particulier de services industriels d'Etat : « le tribunal... ordonne la suppression de l'annonce critiquée... ; fait à l'avenir défense à l'administration de faire aucune insertion de nature de celle critiquée. » (3).

(1) Ceci peut d'ailleurs amener des incidents. Au moment de la construction des fortifications de Paris, le jugement d'expropriation ayant été cassé, des terrains étaient irrégulièrement occupés par l'administration militaire. Un propriétaire demanda alors à rentrer en possession de son terrain, et obtint effectivement une ordonnance de référé ordonnant cette réintégration. Devant le refus de l'autorité militaire, la Cour de Paris envoya un commissaire et deux gendarmes. L'administration ne s'en allant toujours pas, le propriétaire se plaignit de nouveau, et la situation devenait tendue. Alors le Procureur de la République envoya un escadron ; mais le Ministre de la guerre prévenu avait ordonné au Génie de se retirer.

(2) Conflits, 12 mai 1877, Dodin ; 13 décembre 1890, Parent ; Cassation, 7 février 1876, Cely.

(3) Tribunal civil de la Seine, 8 avril 1911, Pavy.

II. Nous avons vu les arguments invoqués pour introduire le droit d'injonction au profit du Conseil d'Etat. Mais, malgré ses très réels avantages, cette solution rencontre chez d'autres auteurs de sérieuses objections. Ces auteurs montrent qu'en admettant ce pouvoir on introduirait une très grosse part d'inconnu dans l'œuvre de la juridiction administrative.

L'un des principaux efforts de la Révolution a été de séparer le pouvoir de juger et le pouvoir d'administrer. On veut que les juges soient les représentants de l'impartialité, de l'impassibilité de la loi : les juges administratifs ne sont donc pas des administrateurs supérieurs chargés d'examiner les questions pour garantir l'impartialité : ils sont chargés de « dire le droit ». Il ne faut donc pas qu'il y ait deux administrations superposées, l'une responsable, l'autre au-dessus d'elle irresponsable. N'y aurait-il pas lieu sans cela de craindre une nouvelle confusion des pouvoirs, confusion qui ne serait pas seulement nuisible à l'administration, mais aussi au juge, parce qu'il y perdrait son impartialité ? Au contraire, à l'administration active incombe la responsabilité, et cette responsabilité justifie son indépendance. Il faut donc réserver à l'administration la possibilité d'agir sans recevoir d'ordres et sans être saisie. Et, si on ne lui permet pas de profiter de son indépendance pour verser dans l'arbitraire, il faut au moins qu'elle ait le choix du moment, la prise en considération de tous les éléments d'opportunité : et c'est ce que consacrer l'état actuel du droit.

Cette argumentation semble confondre deux réformes que l'on pourrait concevoir. La première consiste à donner au juge le pouvoir d'adresser des ordres à l'administration active. La seconde consiste au contraire à permettre au juge de se substituer à l'administration pour accomplir des actes de sa compétence. — Cette seconde réforme va évidemment beaucoup plus loin que la première, et c'est à elle seule que doivent s'adresser les reproches que nous avons indiqués. Il est fort possi-

ble que poser cette substitution du juge à l'administration active comme une règle générale pourrait être singulièrement dangereux. — Il reste d'ailleurs que limitée à certaines matières, par exemple aux affaires dans lesquelles les agents publics doivent faire obligatoirement certains actes, pourvu que les conditions légales soient remplies, la réforme ne paraît pas devoir comporter de grands périls. Ainsi on ne voit pas quels gros dangers pourrait entraîner la généralisation de certains arrêts du Conseil d'Etat qui permettent d'imaginer une semblable réforme partielle, tel que l'arrêt du 21 mai 1913, Société des Docks Rémois : c'est qu'ici la responsabilité ne justifie plus l'indépendance.

Sous cette réserve, l'acceptation de la seconde réforme proposée semble bien peu désirable. Au contraire il n'apparaît pas qu'il y ait à avoir de pareils scrupules pour la première réforme : car ici il n'y a plus à invoquer l'indépendance de l'administration. — Nous ne pouvons en effet que redire une fois de plus notre conclusion : la liberté de l'administration devant un jugement n'est pas la liberté de s'exécuter, c'est seulement la liberté beaucoup plus mince du choix du moment et du choix des moyens : aussi on ne voit pas en quoi le droit d'injonction du juge supprimerait ce privilège de l'administration. Il y a là deux questions, sans doute très connexes, mais absolument différentes : nous avons dit qu'il y avait entre elles toute la différence qui sépare les décisions exécutoires des actes d'exécution et qu'autrement dit, elles coïncidaient, d'une part avec le contenu même du jugement, d'autre part avec son exécution. — Et nous devons encore rappeler un argument que nous avons déjà fréquemment employé : le privilège d'exécution est d'origine politique : donc, comme toutes les règles politiques tempérant un principe essentiellement juridique, il doit être interprété *strictissimi juris* : si bien qu'en définitive ce privilège, entendu de façon absolue, serait injustifiable.

Juridiquement on conçoit donc très bien le droit du

Conseil d'Etat d'adresser des ordres ou des défenses à l'administration ; mais en sens inverse il faut souligner une considération d'ordre moins juridique et plus contingente. Il ne faut pas oublier d'abord que, suivant l'expression bien souvent citée, le Conseil d'Etat a une véritable politique jurisprudentielle : cette politique consiste dans la prudence qu'il montre dans l'élargissement de ses investigations. Mais par ailleurs cet élargissement qu'il poursuit ainsi par une lente évolution a devant lui des possibilités presque indéfinies : c'est que le Conseil d'Etat exerce sa juridiction hors du droit privé, et n'a donc pas à prendre en considération de multiples intérêts individuels en conflit, mais qu'il est placé sur le terrain du droit public, qui lui laisse une liberté de mouvement beaucoup plus grande et des vues d'avenir beaucoup plus larges. Aussi saisit-on que le Conseil d'Etat aime à faire le droit par le seul effort de sa jurisprudence, et se soucie peu de se voir imposer par le législateur des cadres souvent gênants et maladroits. Une loi risque de dépasser ce qu'on lui demande et de desservir ceux à qui elle veut rendre service ; elle risque surtout de figer les résultats déjà obtenus et d'interdire de nouvelles expériences. Il serait donc à craindre qu'en faisant intervenir le législateur dans la matière des rapports du Conseil d'Etat et de l'administration active, on donne de plus grands pouvoirs au juge, mais on lui ferme en même temps des voies où sa persévérance aurait pu arriver à se créer des instruments plus souples et d'une efficacité égale.

Telles sont les données du problème. Il serait évidemment très imprudent de vouloir deviner ce que l'avenir réserve en cette matière. Les scrupules auxquels se heurtent les partisans d'une réforme répondent-ils seulement à des motifs d'opportunité ? Ou s'expliquent-ils par la crainte de voir se reconstituer au profit du Conseil d'Etat l'antique confusion des juges et des administrateurs ? La solution du problème semble bien

plutôt être intermédiaire, et devoir être recherchée dans le seul domaine de la pratique administrative. L'effort persévérant de la jurisprudence permet d'espérer que les instruments forgés par elle se perfectionneront et seront appliqués de façon à intimider l'administration et à équivaloir à des ordres ou des défenses : et ainsi une solution positive aura été trouvée. Il semble, en tout cas, que par ses seules forces le Conseil d'Etat puisse se préparer de nouveaux progrès très féconds dans la voie du renforcement de ses pouvoirs.

Il faut bien se dire d'ailleurs qu'il arrive un moment où les rouages des institutions administratives ne peuvent plus répondre à tout : c'est finalement affaire de moralité. Il n'y a donc pas de solution parfaite et, la difficulté réduite à sa signification et à sa portée réelles, sa solution apparaît beaucoup plus comme un problème de politique que comme un problème de technique juridique.

BIBLIOGRAPHIE

HAURIOU, *Précis de droit administratif*.

DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*.

JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*.

H. BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*.

J. BARTHÉLEMY, *Sur l'obligation de faire ou de ne pas faire...*

MICHOUD, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration*.

Et de nombreux articles de JÈZE, etc..., dans la *Revue de Droit public*, et notes de HAURIOU, dans le *Recueil Sirey*.

Enfin des conclusions de ROMIEU, SAINT-PAUL, PICHAT, CORNEILLE, etc..., sous un grand nombre d'arrêts du Conseil d'Etat.

Paris, 17 octobre 1922.

VU : *Le Président de la Thèse :*

Gaston JÈZE.

VU : *Le Doyen :*

F. LARNAUDE.

VU et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris :

APPELL.



TABLE DES MATIERES

	Pages
CHAPITRE PREMIER. — Vue générale sur les raisons du conflit entre les privilèges de l'administration active et le respect de la chose jugée.....	3
<i>Section I.</i> — Du respect dû à la chose jugée au judiciaire.....	5
<i>Section II.</i> — Du respect dû à la chose jugée par la juridiction administrative.....	8
§ 1. — Le premier aspect du problème : le côté de l'administration.....	8
§ 2. — Le second aspect du problème : le côté du juge.....	11
§ 3. — Le conflit des prétentions opposées....	21
Appendice.....	24
CHAPITRE II. — De l'étendue et des limites de l'obéissance due par l'administration à la chose jugée.....	27
<i>Section I.</i> — Rappel de la distinction du recours de pleine juridiction et du recours en annulation.....	28
<i>Section II.</i> — De l'action des jugements sur le point en litige lui-même.....	34
<i>Section III.</i> — De l'action des jugements sur les recours postérieurs : des conditions dans lesquelles ceux-ci tombent comme impossibles..	38
<i>Section IV.</i> — De l'influence des jugements sur la conduite à venir de l'administration.....	44
§ 1. — Jugements prononcés avec autorité relative de chose jugée.....	45
§ 2. — Jugements prononcés avec autorité absolue de chose jugée.....	46

	Pages
CHAPITRE III. — Le problème du droit d'injonction au profit du Conseil d'Etat.....	55
<i>Section I.</i> — Vue générale sur l'injonction et la sanction.....	55
§ 1. — Des diverses solutions possibles aux problèmes de l'injonction et de la sanction .	56
§ 2. — De l'utilité que présentent l'injonction et la sanction suivant les contentieux.....	60
<i>Section II.</i> — Le problème de l'injonction en ce qui concerne le contentieux de pleine juri- diction.....	66
§ 1. — Des principes généraux consacrés par le droit français.....	69
§ 2. — Des progrès obtenus par la jurispru- dence dans la limite des principes	73
<i>Section III.</i> — Le problème de l'injonction en ce qui concerne le contentieux de l'annulation...	83
§ 1. — Des principes généraux consacrés par le droit français.....	84
§ 2. — Des progrès obtenus par la jurispru- dence dans la limite des principes	90
CHAPITRE IV. — Le problème de la sanction.....	109
<i>Section I.</i> — Des principes généraux consacrés par le droit français.....	109
<i>Section II.</i> — Des progrès obtenus par la juris- prudence dans la limite des principes	116
CONCLUSION.....	124
<i>Section I.</i> — Des résultats généraux du conflit entre les privilèges de l'administration active et les revendications du Conseil d'Etat ..	125
<i>Section II.</i> — Des réformes qui ont été proposées.	133
BIBLIOGRAPHIE.....	143

CAHORS, IMPRIMERIE COUËSLANT (*personnel intéressé*). — 26.816

